

Max Rust

Die Substantiierungslast im Zivilprozess



Nomos

facultas



Schriften zum Prozess- und Verfahrensrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Anna H. Albrecht, Universität Potsdam

PD Dr. Daniel Oliver Effer-Uhe, Universität zu Köln

Prof. Dr. Olaf Muthorst, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Birgit Peters, LL.M., Universität Trier

Prof. Dr. Jens Prütting, LL.M. oec., Bucerius Law School

Prof. Dr. Philipp Reimer, Universität Konstanz

Prof. Dr. Benno Zabel B.A., Universität Bonn

Band 6

Max Rust

Die Substantiierungslast im Zivilprozess



Nomos

DIKE 

facultas



Die Veröffentlichung der Druckausgabe erfolgt mit Unterstützung der ius vivum Stiftung. Die Open-Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht aus dem Open-Access-Publikationsfonds der Humboldt-Universität zu Berlin.



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, Univ., Diss., 2020

1. Auflage 2021

© Max Rust

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8178-2 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)
ISBN (ePDF): 978-3-7489-2556-9 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (Print): 978-3-03891-366-5 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)
ISBN (Print): 978-3-7089-2151-8 (facultas Verlag, Wien)

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748925569>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
Erster Teil: Substantiiertes Behaupten	21
Erstes Kapitel: Die Grundlage der Substantiierungslast	23
A. Sprachgebrauch	23
B. Substantiierung und Individualisierung	24
C. Substantiierung und Schlüssigkeit	26
I. Die Leitentscheidung BGH WM 1962, 719	26
II. Die Rezeption von BGH WM 1962, 719	29
1. Möglichkeit zur Schlüssigkeitsprüfung als alleiniger Maßstab	29
2. Unklar-Werden auf Grund der Einlassung des Gegners	32
III. Die Substantiierungslast – ein „Phantom“?	35
D. Alternative Konzepte	37
I. Die Ansicht <i>Langes</i> : „Substantiierungspflicht“ zur Prozessförderung	37
II. Die Ansicht <i>Broses</i> : Einlassungsfähigkeit als ergänzendes Kriterium	39
III. Wahrscheinlichkeits-, Plausibilitäts- und Missbrauchskontrolle	41
1. Plausibilitätskontrolle nach <i>Meyke</i>	42
2. Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung	43
a) Das „Recht auf Beweis“	43
b) Das Beweismaß des § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO	45
c) Plausibilitätskontrolle und das Beweismaß des § 286 ZPO	46
3. Plausibilitätskontrolle nach <i>Seutemann</i>	47
4. Plausibilitätskontrolle im Sinne <i>Stürners</i>	48

Zweites Kapitel: Das Verbot von Geratewohl-Behauptungen	51
A. Ausforschungsbeweis, Beweisermittlungsantrag und Geratewohl- Behauptungen	51
I. Unsubstanziierter Tatsachenvortrag: Der Beweis- ermittlungsantrag	51
II. Substanziierter, aber willkürlicher Tatsachenvortrag: Die Geratewohl-Behauptungen	52
B. Wahrheitspflicht und Ausforschungsverbot	53
I. Wahrheitspflicht als Lügeverbot, Zulässigkeit von Vermutungen	54
II. Die Novelle 1933 als Zäsur	54
1. Der Kampf um die Deutungshoheit nach Einführung der Wahrheitspflicht	55
2. Die reine Lehre: Zulässigkeit jeder Art von Vermutung	57
3. Begründungswechsel in der Rechtsprechung	58
C. Rechtsschutzbedürfnis und Geratewohl-Behauptungen	59
I. Rechtsmissbrauch, Gebot zur redlichen Prozessführung, Rechtsschutzbedürfnis	60
1. Geratewohl-Behauptungen als missbräuchliche Prozessverschleppung	62
2. Geratewohl-Behauptungen als Verstoß gegen das Gebot der redlichen Prozessführung	63
3. Geratewohl-Behauptungen als institutioneller Rechtsmissbrauch	64
4. Geratewohl-Behauptungen als eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses	64
II. Gibt es ein Rechtsschutzbedürfnis für willkürliche Tatsachenbehauptungen?	65
III. „Behaupten mit Nichtwissen“ gem. § 138 Abs. 4 ZPO	68
D. Tatsächliche Anhaltspunkte zur Missbrauchskontrolle	70
I. Wahrscheinlichkeit und Rechtsschutzbedürfnis	70
II. Konkrete Anhaltspunkte auf Grund von Wahrnehmungen	72
III. Kritik an der Plausibilitätskontrolle im Sinne <i>Stürmers</i>	73
IV. Praktische Bedenken gegen das Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte	74
1. Die Gefahr erlogener Anhaltspunkte	74
2. Der vermeintliche Verzicht auf Anhaltspunkte seitens der Rechtsprechung	75

3. Der Missbrauch des Ausforschungsverbots durch die Instanzgerichte	76
V. Ergebnisse	77
Drittes Kapitel: Die Integrität der richterlichen Entscheidungsfindung	79
A. Eindrücke aus der Praxis	80
B. Die „Substantiierungsschere“ in der Rechtsprechung des BGH	82
I. Eingeschränkte Erkenntnismöglichkeiten der Betrachtung	83
II. Die Rüge von Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör	83
1. Häufigkeit überspannter Substantiierungsanforderungen	84
2. Qualität der aufgedeckten Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör	86
a) BGH NJW 2019, 607	87
b) BGH BeckRS 2017, 109294	88
III. Ergebnisse	89
C. Überzeugungsbildung und Steuerung der Missbrauchsgefahr	89
Zweiter Teil: Substantiiertes Bestreiten	93
Erstes Kapitel: Einfaches und substantiiertes Bestreiten	95
A. Leitlinien der Rechtsprechung zum „einfachen“ und substantiierten Bestreiten	95
I. Überblick zu den Leitlinien der Rechtsprechung	96
1. Substantiiertes Bestreiten grundsätzlich erforderlich	96
2. „Einfaches“ Bestreiten „in der Regel“ ausreichend	96
3. Mischformel	97
4. Standpunkte der Literatur	97
II. Überblick zur Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 2 ZPO	99
1. Das „allgemeine“ Leugnen	99
2. Allgemeines Leugnen und Erforderlichkeit von Gegenangaben im Hannoverschen Entwurf	100
3. Allgemeines Leugnen und Erforderlichkeit von Gegenangaben in den späteren Entwürfen	101
III. Schlussfolgerungen aus der Entstehungsgeschichte für das Normverständnis	102
IV. Entwicklung der Rechtsprechung nach Inkrafttreten der ZPO	103

B. Die Erforderlichkeit des substantiierten Bestreitens	105
I. Gebot zu konkreten Gegenangaben auf Grund der Wahrheitspflicht	106
II. Freie Verhandlungswürdigung gem. § 286 ZPO	108
III. Substantiiertes Bestreiten als Verpflichtung aus Treu und Glauben	109
IV. Erheblichkeitskontrolle; Festlegung des Streitprogramms	111
V. Zwischenergebnis; Standpunkt der Gegenansicht	112
VI. Historisch-systematische Betrachtung des Einlassungszwangs in der ZPO	114
VII. Antizipierte Beweisvereitelung als abschließender Wertungsgesichtspunkt	117
1. Beweisvereitelung in der Parteivernehmung; Sanktion	117
2. Antizipierte Beweisvereitelung durch „einfaches“ Bestreiten	118
VIII. Ergebnisse	120
C. Das Verhältnis von einfachem und substantiiertem Bestreiten	121
I. Anerkannte Fälle des einfachen Bestreitens	121
II. Rechtsprechungsanalyse zum Regel-Ausnahme-Verhältnis	123
1. „Eine Last zum substantiierten Bestreiten besteht nicht schlechthin“ – BGH NJW 1961, 826	123
2. Rezeption der <i>Pressedienst</i> -Entscheidung BGH NJW 1961, 826	124
3. „Die ZPO kennt keine allgemeine Aufklärungspflicht“ – BGH NJW 1990, 3151	126
4. „In der Regel genügt das einfache Bestreiten“ – BGH NJW 1993, 1782	127
5. Rezeption von BGH NJW 1993, 1782	128
6. Ergebnis zur Rechtsprechungsanalyse	129
III. Einfaches Bestreiten als Ausnahme	130
Zweites Kapitel: Die Erklärung mit Nichtwissen	131
A. Fehlende Erinnerung	131
I. Nicht-mehr-Wissen als Nichtwissen i. S. v. § 138 Abs. 4 ZPO	131
1. Bestreiten „als unbekannt“	132
2. „Einfaches“ Bestreiten	133
3. Restriktive Auslegung des § 138 Abs. 4 ZPO	133
4. Kritik an der Bezugnahme auf § 138 Abs. 1 ZPO	133
5. Teleologische Reduktion des § 138 Abs. 4 ZPO; Wortsinndeutung	134

6. Historische Auslegung des § 138 Abs. 4 ZPO	135
a) Möglichkeit des Bestreitens bei erfolgloser Nachforschung und die Regelung zum Parteieid	135
b) Die Debatte in der Reichstagskommission und ihre Folgen	137
c) Entfall des systematischen Zusammenhangs wegen Aufhebung der Eidesvorschriften?	138
II. Glaubhaftmachung oder Beweis der vergeblichen Nachforschungsbemühungen?	140
B. Nachforschungspflicht im eigenen Wahrnehmungsbereich	142
I. Nachforschungspflicht bei Möglichkeit zur Wahrnehmung	143
II. Bestimmung des Wahrnehmungsbereichs	145
C. Nachforschungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmungen Dritter	146
I. Wahrnehmungen Dritter beim Parteieid	147
II. Wahrnehmungen Dritter bei der Erklärung mit Nichtwissen	148
1. Rechtsvorgänger	148
2. Gesetzliche Vertreter, rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter und sonstige Personen, für welche die Partei haftet	149
a) Personen, die unter „Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung“ der Partei tätig waren – BGH NJW 1990, 453	150
b) Personen, für welche die Partei nach materiell- rechtlichen Regeln haftet	152
D. Möglichkeit und Zumutbarkeit der Nachforschung	154
I. Möglichkeit der Nachforschung	154
1. Ausschluss der Erklärung gem. § 138 Abs. 4 ZPO bei unterlassener Dokumentation – KG IBR 2017, 363	154
2. Unterlassene Dokumentation nur im Rahmen der Beweiswürdigung relevant – BGH NJW 1996, 315	155
3. Keine Zugeständnisfiktion bei verschuldetem Nichtwissen	156
II. Zumutbarkeit der Nachforschungspflicht	157
1. Maßstab der Zumutbarkeit von Erkundigungen	158
2. Exkurs: Zumutbarkeit von Erkundigungen bei Dritten, insbesondere Geltendmachung materiell-rechtlicher Auskunftsansprüche	159

Drittes Kapitel: Das Bestreiten negativer Tatsachen	163
A. Der eigene Standpunkt: Keine Besonderheiten im Vergleich zu positiven Behauptungen	163
B. Die herrschende Doktrin: Der Beweis negativer Tatsachen als Sonderfall	165
C. Die Kritik an der Sonderfall-These	166
D. Exkurs: Die Negativentheorie vor der Rückkehr?	168
I. Die <i>Montezuma</i> -Entscheidung BGH GRUR 2009, 942	169
II. „Eine eigenständige prozessuale Rechtsfigur“ – Die Entscheidungen des OLG Celle im Kapitalanlagerecht	172
III. „Erkennbar falsch“ – Kein Absehen von der Verschuldensvermutung wegen vermeintlicher Schwierigkeit des Negativbeweises	174
IV. Ergebnis zur Sonderrolle der negativen Tatsachen	175
Viertes Kapitel: Braucht es eine „sekundäre Darlegungslast“?	177
A. Die Entstehungsgeschichte der „sekundären Darlegungslast“	178
I. <i>Leonhards</i> „Aufklärungspflicht“	178
II. Das Stufenmodell nach <i>Lüderitz</i>	180
III. <i>Stürners</i> Erklärungspflicht gegenüber Pauschalbehauptungen	181
B. Die Kritik an der „sekundären Darlegungslast“	182
I. „Sekundäre Darlegungslast“ als Ausnahme zu einem regelmäßig zulässigen „einfachen“ Bestreiten?	183
II. „Sekundäre Darlegungslast“ als Ausnahme von einem Grundsatz, wonach nur substantiierte Behauptungen substantiiert bestritten werden müssen?	183
III. Rat zur Aufgabe der Rechtsfigur	185
IV. Exkurs: Die Billigkeitsjudikatur des BGH im Bereich der Anschluss- und Halterhaftung	186
Dritter Teil: Behaupten und Bestreiten in der Praxis	191
A. Geordneter Parteivortrag und Anlagen	193
B. Parteivortrag in Form von Privatgutachten	198
C. Hinweispflicht nach § 139 ZPO	199
D. Rechtsschutz bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör	203

E. Résumé	207
Schlussbemerkungen	213
Literaturverzeichnis	215

Einleitung

Geht ein Prozess verloren oder wird er gewonnen, ist dies nicht immer allein davon abhängig, wie die Rechtsfrage beantwortet wird. Auch die richterliche Überzeugung vom Vorliegen einer Tatsache oder das Fehlen einer solchen Überzeugung determiniert den Ausgang eines Rechtsstreits nur zum Teil. Zahlreiche Verfahren werden bereits auf der Ebene des Sachenvortrags entschieden, an Hand der Qualität, die das Gericht den Behauptungen und dem Bestreiten der Parteien beimisst. Gegenstand der Arbeit sind die Anforderungen, die an die Substantiierung des Vorbringens im Zivilprozess zu stellen sind. Ziel ist es, dieser für die Praxis der Prozessführung bedeutsamen¹ Frage durch eine wissenschaftliche Betrachtung Antworten abzugewinnen. Damit soll den Regeln, die sich die Praxis in diesem Bereich geschaffen hat und die sich oft von intuitiver Richtigkeit erweisen, die aber ebenso oft letzte Klarheit und eine zwingende Begründung vermissen lassen, ein fester Boden bereitet werden.

Die Substantiierung ist ein „schillernder Begriff, den die ZPO nicht kennt“.² Der BGH hat ihn schon einmal in Anführungszeichen gesetzt³ und mit diesem typographischen Innuendo seine Skepsis zum Ausdruck gebracht,⁴ auch wenn diese Spitze weniger der Substantiierung als solcher galt, sondern sich gegen bestimmte, mit diesem „Blankettbegriff“⁵ verbundene Vorstellungen richtete. Substantiierung meint, soweit es um das Aufstellen von Behauptungen geht, *wie genau* Tatsachen vorzutragen sind, damit der Richter sagen kann, was Recht ist.⁶ Bei einer unbefangenen Herangehensweise könnte man sich weiteren Aufschluss aus § 138 ZPO erhoffen. Nach Abs. 1 dieser Norm haben die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. Jede Partei hat sich nach Abs. 2 über die von dem Gegner behaupteten Tatsa-

1 Schlosser sieht die Substantiierung des Parteivortrags als das „wohl größte praktische Problem im Rahmen der Verhandlungsmaxime kontinentaleuropäischer Prägung“, vgl. ZPR I, ²1991, S. 124 Rn. 160a.

2 Hök, MDR 1995, 773.

3 Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, II 1, NJW 1984, 2888, 2889; so auch schon BGH, Urt. v. 8.2.1984 – IV a ZR 49/82, I, NJW 1984, 2579.

4 Stürmer, JZ 1985, 183, 185 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

5 Scheuerle, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

6 Vgl. auch Frohn, JuS 1996, 243, 247.

chen zu erklären, widrigenfalls das gegnerische Vorbringen gem. Abs. 3 als zugestanden gilt. Abs. 4 bestimmt, dass eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig ist, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. „Das mit § 138 errichtete rechtliche Gebäude“, schreibt *Schlosser*, „nimmt sich klar und überschaubar aus. Es hat sich aber als unzulänglich erwiesen, um den Gerichten den zu ihrer Entscheidung nötigen Tatsachenstoff zu garantieren.“⁷ Diese Bemerkung, auf die Substantiierungslast im Rahmen des Behauptens und des Bestreitens gleichermaßen bezogen, bringt die disparate Behandlung durch das Gesetz treffend zum Ausdruck: § 138 ZPO, dem „zentral(en) Nervensystem“ des Zivilprozesses,⁸ lässt sich hierzu nichts Unmittelbares entnehmen. Erschwerend kommt hinzu, dass eine isolierte Betrachtung der Substantiierungslast im Rahmen des Behauptens einerseits, und des Bestreitens andererseits, nicht möglich ist. Es handelt sich, wie *von Selle* bemerkt, „der komplexen Struktur des Zivilprozesses geschuldet“ um ein „*fein ausziseliertes Programm von Pflichten*, die die Partei gegenüber Gericht und Gegner oder sich selbst hat.“⁹ Geprägt ist das Verhältnis dieser Pflichten und Lasten durch eine wechselseitige Abhängigkeit, die sich mit einem System untereinander verbundener Hebel vergleichen lässt: Bewegt man einen Teil, bewegt sich der andere mit.

Die Gliederung der Arbeit in drei Teile ist daher eher formaler Natur. Teil I behandelt das substantiierte Behaupten, Teil II das substantiierte Bestreiten. Im dritten Teil werden weitere, im Zusammenhang stehende Aspekte des Tatsachenvortrags aufgegriffen.

Der erste Teil widmet sich ausschließlich *einer* Frage: Es geht um den richtigen Maßstab für das substantiierte Behaupten. Das vermeintliche Fehlen der Substantiierung gilt in der Praxis als „lästiges Dauerproblem“¹⁰. Zum Teil entsteht der Eindruck, dass der Richter zum „Zauberschwert“ der Substantiierung greift, um die „Akte mit einem Termin vom Tisch zu bekommen“.¹¹ Wenn die Arbeitslast besonders drückend ist, wird eine „brutale Schlüssigkeitsprüfung“ gemacht;¹² der Vorwurf fehlender Substantiierung dient dann als „Schere“¹³, um der Partei die Beweisaufnahme

7 Vgl. *Schlosser*, ZPR I, ²1991, S. 124 Rn. 160a.

8 *E. Schmidt*, in: AK-ZPO, 1987, Vor §§ 138, 139 Rn. 1.

9 Vgl. *von Selle*, in: BeckOK, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 2 (Hervorhebungen im Original sind hier und im Folgenden kursiv gesetzt).

10 *Eschelbach/Geipel*, ZAP Fach 13 (2010), 1669, 1680.

11 *Riemer*, DRiZ 1997, 259.

12 *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155.

13 *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 27 Rn. 16.

abzuschneiden, oder auch als „Keule“¹⁴, kurz: als „Mehrzweckwaffe“¹⁵, mit welcher der missliebige Tatsachenvortrag ausgeschnitten,¹⁶ abgebürstet¹⁷ und abgewürgt¹⁸ wird. Andererseits wird aber auch konstatiert, dass die Parteien sich angesichts großzügiger Substantiierungsanforderungen des BGH, die sich „an der Front“ noch nicht herumgesprochen hätten,¹⁹ nun nicht einmal mehr besondere Mühe beim Lügen geben müssten²⁰ und die Beweisaufnahme für ihre unwahrscheinlichen Behauptungen missbrauchen können.²¹ Das Gewaltempfinden, welches sich in diesen Berichten aus dem Gerichtsalltag sprachlich Bahn bricht, veranschaulicht, dass es hier um etwas Essentielles geht: In Frage stehen die Grundregeln, nach denen gleichsam der Kampf ums Recht ausgetragen werden soll.

In der Prozesswissenschaft wird die Frage nach dem richtigen Substantiierungsmaßstab so formuliert: Darf der Richter eine schlüssige, angesichts fehlender Anhaltspunkte für ihre Richtigkeit jedoch wenig wahrscheinliche Behauptung als unsubstantiiert zurückweisen? Die wesentlichen Argumente für und wider einer solchen „Plausibilitätskontrolle“ sind in den Habilitationsschriften von *Rolf Stürmer*²² einerseits und *Wolfgang Brehm*²³ andererseits ausgetauscht worden. Sie sollen unter Einschluss der nachfolgenden Entwicklung in Literatur und Rechtsprechung nachgezeichnet, auf ihre Richtigkeit hin untersucht, und um einige Überlegungen ergänzt werden.

Der zweite Teil der Arbeit behandelt die Reaktion des Gegners auf substantiierte Behauptungen der darlegungsbelasteten Partei. Die Betrachtung dieses Gegenstandes ist unter einer Vielzahl an Gesichtspunkten möglich und wird hier in vier eigenständige Kapitel unterteilt. Nach § 138 Abs. 2 ZPO muss der Gegner sich zu den behaupteten Tatsachen der anderen Seite erklären und kann das tun, indem er sie bestreitet. Beschränkt er sich nicht darauf, die Behauptung durch ein „einfaches“ Be-

14 *Betzga*, IBR 2013, 586 (Anm. zu OLG Naumburg, Urt. v. 8.1.2013 – 1 U 57/12).

15 *Gremmer*, MDR 2007, 1172.

16 Vgl. *Gremmer*, MDR 2007, 1172.

17 Vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233.

18 Vgl. *Stürmer*, JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

19 *Gremmer*, MDR 2007, 1172.

20 *F. Fischer*, JuS 2015, 223, 224.

21 *Stürmer*, JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

22 *Stürmer*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976.

23 *Brehm*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982.

streiten schlicht zu verneinen, sondern gibt er eine eigene, auf positive Angaben gestützte Gegendarstellung, ist von einem substantiierten Bestreiten die Rede.²⁴ Auch insoweit kann man von einer Substantiierungslast sprechen.²⁵ Ob die Partei „einfach“ oder substantiiert zu bestreiten hat, ist eine „nicht ganz einfach zu beantwortende Frage“.²⁶ Das 1. Kapitel des zweiten Teils sucht hier eine Antwort zu geben. Ausgangspunkt ist die Darstellung der Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des BGH: Zum einen heißt es, ein substantiiertes Bestreiten sei „grundsätzlich“ erforderlich,²⁷ zum anderen, ein „einfaches“ Bestreiten sei „in der Regel“ ausreichend.²⁸ Die historische Auslegung des § 138 Abs. 2 ZPO offenbart, dass der Gesetzgeber sich bewusst nicht festlegen wollte und die Praxis gleichsam sich selbst überlassen wurde.²⁹ Im Folgenden wird der Versuch unternommen, das grundsätzliche Erfordernis des substantiierten Bestreitens an Hand zweier systematischer Überlegungen als Gebot der ZPO nachzuweisen. Wie sich das nach der ZPO grundsätzlich gebotene substantiierte Bestreiten mit der Rechtsprechungslinie verträgt, „in der Regel“ sei ein „einfaches“ Bestreiten ausreichend, soll durch eine Analyse der einschlägigen Entscheidungen geklärt werden.

Die Kehrseite zum substantiierten Bestreiten ist die in § 138 Abs. 4 ZPO genannte Erklärung mit Nichtwissen. Die Untiefen des nur vordergründig eindeutigen § 138 Abs. 4 ZPO veranlassen manchen zu der Feststellung, die Erklärung mit Nichtwissen erweise sich in der Praxis oft als „Substantiierungs-“ und „Haftungsfalle“.³⁰ Lange Zeit führte die Norm ein Schatten-

24 Weismann, Lehrbuch, 1903, S. 111 f. § 35 III 2.

25 Schlosser, ZPR I, ²1991, S. 125 Rn. 160a.

26 Lent, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 56.

27 So etwa BGH, Urt. v. 11.6.1985 – VI ZR 265/83, II 3, NJW-RR 1986, 60.

28 So etwa BGH, Urt. v. 23.3.1993 – VI ZR 176/92, II 3a, NJW 1993, 1782, 1783.

29 Es handelt sich dabei an sich nicht um eine neue Erkenntnis, vgl. nur Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 238 und Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 142. Überraschend ist allerdings, das bisher nur eine eher dunkle Stelle im sog. Norddeutschen Entwurf und ihre Fortschreibung in den späteren Entwürfen zur ZPO herangezogen wurde, vgl. Prot. (NE), 1868, S. 287 f. Dabei geben bereits die Vorarbeiten zum sog. Hannoverschen Entwurf ein klares Bild und bieten gewissermaßen die Blaupause einer Argumentation Für und Wider des substantiierten oder „einfachen“ Bestreitens, vgl. Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 87–89. Dem dort geäußerten Wunsch eines Abgeordneten, zumindest das Protokoll möge für die dereinstige Auslegung einen Anhaltspunkt bieten, soll hier insoweit erstmals Rechnung getragen werden.

30 Balzer/Walther, Beweisaufnahme, ⁴2018, S. 35 Rn. 33; Dötsch, MDR 2014, 1363 und 1364.

dasein und ist erst in den letzten Jahrzehnten monographisch³¹ erschlossen worden. Daran anknüpfend gibt das 2. Kapitel eine ergänzende Darstellung, in der insbesondere die in der jüngeren Rechtsprechung hervorgetretenen Entwicklungen Berücksichtigung finden. Die zu beantwortenden Fragen sind die gleichen, die in Literatur und Rechtsprechung hierzu nun vermehrt gestellt werden: Ist eine Erklärung mit Nichtwissen zulässig, wenn die Partei zwar Wahrnehmungen gemacht hat, sich jedoch nicht mehr erinnern kann? Muss die Partei Nachforschungen anstellen, wenn sie keine Wahrnehmungen gemacht hat, die behauptete Tatsache sich jedoch in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben soll? Hat sie auch hinsichtlich der Wahrnehmungen Dritter Erkundigungen einzuziehen, wenn jene Personen ihrem eigenen Lebens- und Geschäftsbereich zuzuordnen sind? Muss sie gar Auskunftsansprüche gegen die Dritten geltend machen und gerichtlich durchsetzen? Sind die Ergebnisse der Nachforschungsbe-mühungen dem Gericht glaubhaft zu machen oder gar zu beweisen? Und schließlich: Wie ist mit einer Partei zu verfahren, die ihr Nichtwissen leichtfertig oder mutwillig selbst verschuldet hat, etwa durch Missachtung von Dokumentationsobliegenheiten?

Weitgehend alleinstehend ist das 3. Kapitel zum Bestreiten sog. negativer Tatsachen. Es handelt sich um einen in der jüngeren Literatur eher vernachlässigten Gegenstand.³² Die herrschende Doktrin hält den Beweis eines Nichtgeschehens für besonders schwierig.³³ Eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast soll es zwar nicht geben, jedoch wird dem Beweis und dadurch bedingt auch dem Bestreiten negativer Tatsachen eine Sonderrolle zugeschrieben, deren Berechtigung hier hinterfragt wird. Eine Reihe von Gerichtsentscheidungen der letzten Jahre,³⁴ die zu einer faktischen Umkehr der Darlegungslast führen, lässt einen kritischen Blick auf die tradierten Glaubenssätze angezeigt erscheinen.

31 *Morhard*, Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen, 1993; *Hackenberg*, Die Erklärung mit Nichtwissen, 1996; *Ambts*, Bestreiten mit Nichtwissen, 1997. – Namentlicher Erwähnung bedarf hier auch der Beitrag von *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233–3240, der gleichsam das Programm für die nachfolgenden Arbeiten vorgezeichnet hat.

32 Die Arbeit von *Greyerz*, Der Beweis negativer Tatsachen, 1963, gibt eine nach wie vor aktuelle Zusammenfassung der tradierten Ansichten hierzu.

33 Vgl. statt vieler *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13.

34 Namentlich die sog. *Montezuma*-Entscheidung BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, GRUR 2009, 942; vgl. auch OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, BeckRS 2016, 17035; v. 26.1.2017 – 11 U 96/16, EWiR 2017, 431, 432; v. 22. 6.2017 – 11 U 147/16, BeckRS 2017, 114249; v. 27.7.2017 – 11 U 142/16, BeckRS 2017, 118863.

Im 4. Kapitel laufen gleichsam die Handlungsstränge der Arbeit zusammen. Dort geht es um die sog. „sekundäre Darlegungslast“ der bestreiten- den Partei. Diese soll bestehen, wenn sich der eigentlich Darlegungsbelas- tete in Informationsnot befindet und daher „an sich“³⁵ nur unsubstantii- ert vortragen kann, der Gegner hingegen über die relevanten Informatio- nen verfügt und ihm eine substantiierte Gegenerklärung zumutbar ist. Zu- letzt wurde versucht, dieser von der Rechtsprechung kreierten Figur ein dogmatisches Fundament zu verschaffen.³⁶ Hier wird die Frage aufgewor- fen, ob es diese Rechtsfigur überhaupt braucht – oder ob sich die gleichen Ergebnisse nicht ohne Weiteres aus den herkömmlichen Grundsätzen zum substantiierten Behaupten und Bestreiten ergeben.

Das Résumé der gesammelten Erkenntnisse zum substantiierten Be- haupten und Bestreiten soll im dritten Teil um einige besonders praxisrele- vante, im Zusammenhang mit der Substantiierungslast stehende „Brenn- punkte“³⁷ des Zivilprozessrechts ergänzt werden. Rechtsschutz gegenüber Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör, geordneter Parteivor- trag und Anlagen, Privatgutachten sowie die richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO werden unter Einschluss der aktuellen rechtspolitischen Entwicklungen in diesen Bereichen näher in den Blick genommen.

Offengelegt werden soll an dieser Stelle noch, wie im Rahmen der Ar- beit Ergebnisse ermittelt wurden und welchem Grundgedanken ihre Dar- stellung folgt. Die Methode entspricht den gängigen Regeln der Gesetzes- auslegung und ist im Übrigen im Text näher ausgeführt. Ein Wort gilt es allerdings darüber zu verlieren, was *nicht* die Methode sein kann: Das Feh- len einer ausdrücklichen Regelung verleitet manchen zu der Annahme, der Gesetzgeber habe der Praxis einen weiten Spielraum eröffnen wollen, den es unter Berücksichtigung der – im Auge des Betrachters liegenden – Interessen auszuschöpfen gelte.³⁸ So kommt es, dass zu vielen in dieser Ar- beit behandelten Punkten Ansichten vertreten werden, die sich auf be- stimmte Gerechtigkeitsvorstellungen berufen³⁹ oder „praktische(n) Beden- ken“⁴⁰ Rechnung tragen wollen und dabei die Frage, was nach der ZPO geboten ist, zuweilen in den Hintergrund tritt. Richtigerweise muss aber

35 Abrens, Der Beweis, 2015, S. 535 Rn. 42.

36 Papanikolaou, Die Sekundäre Erklärungspflicht im Zivilprozess, 2018.

37 Geipel/Prechtel, MDR 2011, 336.

38 So etwa E. Schmidt, in: AK-ZPO, 1987, Vor §§ 138, 139 Rn. 1, 5 f.

39 Bezug auf die Gerechtigkeit nehmen etwa Eschelbach/Geipel, ZAP Fach 13 (2010), 1669, 1677.

40 Vgl. etwa die gleichlautende Abschnittsüberschrift bei Brehm, Bindung des Rich- ters, 1982, S. 121.

auch dort, wo der Gesetzgeber keine konkrete Vorstellung geäußert hat, die Suche einer Antwort aus dem Gesetz heraus gelten, statt letztere ins Belieben⁴¹ des jeweiligen Betrachters zu stellen. Diesem Vorverständnis entspricht es, streng danach zu fragen, welche Wertungen der Gesetzgeber an anderer Stelle getroffen hat, diese für das Schließen einer Lücke nach Möglichkeit fruchtbar zu machen und Ansichten, die keine Stütze im Gesetz haben, eine Absage zu erteilen.

In den Kernbereichen der Arbeit wird der Versuch einer dogmengeschichtlichen Darstellung unternommen. Dazu wurde das gesichtete Material⁴² so aufbereitet, dass die Überlegungen von Literatur und Rechtsprechung in ihrer Entwicklung nachvollzogen werden können. Dem Leser könnte es andernfalls merkwürdig erscheinen, dass es auch 140 Jahre nach Inkrafttreten der ZPO einem derart zentralen Bereich des Verfahrens noch an einer wissenschaftlichen Bearbeitung bedarf. Die häufig mehrgleisigen, nicht selten widersprüchlichen Erwägungen der Rechtsprechung,⁴³ die späten⁴⁴ Erklärungsversuche der Literatur samt Rezeptionslücken und Fehlzuschreibungen legen eine brüchige Entwicklung offen, die zudem lange Zeit von Stillstand geprägt war. So mag es verständlicher werden, wenn etwa selbst in jüngerer Vergangenheit konstatiert wird, der Maßstab des BGH zu den Anforderungen des substantiierten Behauptens habe sich noch nicht überall herumgesprochen⁴⁵ oder das eine praxisrelevante Norm wie § 138 Abs. 4 ZPO vor drei Jahrzehnten im Schrifttum noch weitgehend *Terra incognita* war.⁴⁶ Die Informationsfunktion dieser Darstellung

41 E. Schmidt (Anm. 38) meint zwar, dass die Ermittlung der Interessenlage „nicht allein“ im Wege einer von ihm gewünschten „alternativen“ Dogmatik determiniert werden solle; durch Betrachtung des Prozessgeschehens sei ihr eine *tatsächliche* Grundlage zu bereiten, vgl. AK-ZPO, 1987, Vor §§ 138, 139 Rn. 6. Beim Wort genommen hätte diese Vorgehensweise den gleichen Wert, wie etwa von einer Beobachtung des Straßenverkehrs auf die Regeln der StVO schließen zu wollen. Das erkennt auch E. Schmidt, der die evident gegenläufigen Interessen der Verfahrensbeteiligten durch „Partizipation“, „Transparenz“ sowie eine „soziale Sinnhaftigkeit der Entscheidung“ zu korrigieren sucht, vgl. dort Rn. 8, 16–20, und sich damit gleichsam zu seinem Ausgangspunkt, der „alternativen“ Dogmatik zurückbewegt.

42 Neben den einschlägigen Gesetzesmaterialien sind Literatur sowie die Rechtsprechung des BGH vollständig berücksichtigt; die Rechtsprechung der Instanzgerichte wurde kursorisch ausgewertet.

43 Vgl. Stürner, JZ 1985, 183, 185 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

44 Vgl. Scheuerle, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

45 Gremmer, MDR 2007, 1172; ebenso F. Fischer, JuS 2015, 223, 224.

46 Vgl. dazu nur H. D. Lange, NJW 1990, 3233–3240.

Einleitung

kann sich im Übrigen auch dem Diskurs dadurch dienlich erweisen, dass missverständliche Aussagen ins rechte Licht gerückt werden und so als Anlass für zukünftigen Streit ausscheiden.

Erster Teil: Substantiiertes Behaupten

Die Frage nach dem richtigen Maßstab für das substantiierte Behaupten wird über den gesamten ersten Teil verfolgt. Kapitel 1 führt zur Grundlage der Substantiierungslast hin. Der seitens des BGH entwickelte Maßstab zur Bestimmung der Substantiierungsanforderungen und die alternativen Konzepte in der Literatur werden hier diskutiert. Das 2. Kapitel geht dem Verbot sog. Geratewohl-Behauptungen nach und ist gewissermaßen ein unumgänglicher Exkurs: Bevor sich die Literatur einer Betrachtung der Substantiierungslast als Ganzes öffnete, wurde wie mit einem Brennglas auf einen Teilaspekt dieses Gegenstandes, das sog. Ausforschungsverbot geschaut.¹ Letzteres ist ein im Vergleich zur Substantiierung „nicht minder schillernder Begriff“,² auch mit diesem „vagen Zauberwort“ soll die Beweisaufnahme abgeschnitten werden,³ es handelt sich auch hier um eine „richterliche ‚Waffe‘“,⁴ ein „Instrument aus dem Werkzeugkasten des aufklärungsunwilligen Tatrichters“. ⁵ Hier ist nur die Unzulässigkeit von Geratewohl-Behauptungen als Teil des amorphen Topos Ausforschungsbeweis von Interesse: Es soll geklärt werden, welche Implikationen das Verbot, eine Behauptung ohne jegliche Anhaltspunkte gewissermaßen ins Blaue hinein aufzustellen, für die Substantiierungslast hat. Das 3. Kapitel greift die Bedenken der Praxis hinsichtlich seitens der Instanzgerichte missbräuchlich überhöhter Substantiierungsanforderungen auf und versucht, sie im Rahmen der Gesetzesauslegung in den dogmatischen Diskurs zu überführen.

1 So etwa *Knichel*, Ausforschungsbeweis, 1959; *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966; *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966; *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966; *Esser*, Ausforschungsbeweis, 1969.

2 *J. Lang*, Aufklärungspflicht, 1999, S. 39.

3 *Dunz*, NJW 1956, 769, 772.

4 *Ahrens*, Der Beweis, 2015, S. 535 Rn. 42.

5 *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 42013, Vor § 286 Rn. 44.

Erstes Kapitel: Die Grundlage der Substantiierungslast

Im ersten Kapitel soll die Grundlage der Substantiierungslast ermittelt werden. Die Darstellung des Sprachgebrauchs und eine Abgrenzung von dem Begriff der Individualisierung ermöglichen eine erste Annäherung.

A. Sprachgebrauch

Im juristischen Sprachgebrauch ist Substantiierung Tatsachenvortrag, der die begehrte Rechtsfolge begründen soll.⁶ „Der Subsumtionsakt als Erkenntnisvorgang methodisch-rationaler Rechtsanwendung“, führt *von Selle* aus, „setzt notwendig voraus, dass sich die zu subsumierenden Tatsachengebegriffe nicht in der Wiedergabe der Normbegrifflichkeit erschöpfen“.⁷ In einem weiten Sinn meint Substantiieren daher das Zergliedern einer Rechtsbehauptung in Tatsachen. So kann der abstrakte Tatbestand einer Norm gleichsam in Tatsachen zerlegt werden. Dann wird Substantiieren synonym zum Begriff des Darlegens verstanden. In einem engeren Sinne meint Substantiieren die Zergliederung der Tatsachenbehauptung in Einzeltatsachen.⁸ Sind Tatsachen vorgetragen, die bei Wahrunterstellung den verfolgten Anspruch rechtfertigen, spricht man von Schlüssigkeit.⁹ Unsubstantiiert ist ein Vorbringen, das gar keine Tatsachen enthält, oder die Rechtsbehauptung nicht vollständig in Tatsachen zergliedert,¹⁰ oder wenn die Tatsachenbehauptung nicht konkret genug erscheint, um sie auf ihre Schlüssigkeit hin zu prüfen.¹¹

Verschiedentlich wird versucht, den zwei Verständnismöglichkeiten – Substantiierung im weiteren oder engeren Sinne – auch begrifflich zum Ausdruck zu verhelfen. So soll das erstmalige Zerlegen des Tatbestandes in

6 So schon *Dernburg*, Lehrbuch, Bd. 1, 1875, S. 242.

7 Vgl. *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 1.1.

8 Vgl. zu dieser Differenzierung schon *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

9 *Paulus*, ZPR, ⁶2017, S. 106 Rn. 275 f. und S. 187 f. Rn. 507 f.

10 B/L/H/Anders, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 18.

11 Vgl. BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 719 f.

Tatsachen die „Anfangsdarlegungslast“¹², „abstrakte Behauptungslast“¹³ oder „allgemeine Substantiierungslast“¹⁴ heißen: Sie besagt, was der Darlegungsbelastete unabhängig von der Reaktion des Gegners an Tatsachen vortragen muss, um seine Behauptung schlüssig zu machen.¹⁵ Inwieweit die Partei dann ihren Vortrag auf Grund von Einlassungen des Gegners weiter zergliedern muss, kann als Frage der „konkreten Behauptungslast“¹⁶ oder „besonderen Substantiierungslast“¹⁷ aufgefasst werden. Auf diese begrifflichen Differenzierungen wird hier jedoch verzichtet; sowohl das weite als auch das engere Verständnis der Substantiierungslast haben dem gleichen Maßstab gerecht zu werden: Die Tatsachen müssen in jeder Lage des Prozesses so bestimmt sein, dass eine Schlüssigkeitsprüfung möglich ist. Bevor das Verhältnis von Schlüssigkeit und Substantiierung näher in den Blick genommen wird, soll hiervon der Begriff der Individualisierung abgegrenzt werden.

B. Substantiierung und Individualisierung

Die Klagschrift muss gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Klagegrund ist der Lebenssachverhalt, auf den der Klageantrag gestützt werden soll.¹⁸ Erforderlich sind Angaben, die den Streit unverwechselbar¹⁹ und den geltend gemachten prozessualen Anspruch als solchen identifizierbar machen.²⁰

Ob in der Klagschrift der Anspruch bereits *schlüssig* dargelegt werden muss, war Gegenstand des Streits zwischen Anhängern der sog. Substantiierungstheorie einerseits und den Verfechtern der sog. Individualisierungstheorie anderseits. Die Substantiierungstheorie sah vor, dass der verfolgte Anspruch bereits bei Klageerhebung schlüssig dargelegt sein sollte; die Individualisierungstheorie wird häufig so wiedergegeben, es genüge, wenn bei Klageerhebung das Rechtsverhältnis bezeichnet sei, z. B. „2000 Mark

12 Seutemann, MDR 1997, 615, 616.

13 Prütting, Beweislast, 1983, S. 44.

14 Anhalt, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 26 f.

15 Anhalt, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 26.

16 Prütting, Beweislast, 1983, S. 44.

17 Anhalt, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 27.

18 Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, ¹⁶2019, § 253 Rn. 25.

19 Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, ¹⁶2019, § 253 Rn. 25.

20 Bacher, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 253 Rn. 53.

aus Kauf“.²¹ Dieser Streit ist jedoch seit langem erledigt.²² Nach heutigem Verständnis genügt es in der Klageschrift, den jeweiligen Lebenssachverhalt eindeutig kenntlich zu machen, hiervon streng zu trennen ist die Schlüssigkeit des materiell-rechtlichen Anspruchs.²³ Der Klagegrund muss, in den Worten des BGH, „unterhalb der Stufe der Substantiierung“ individualisiert sein.²⁴ Damit setzt der BGH Substantiierung und Schlüssigkeit gleich und grenzt letztere von der Individualisierung ab.

Der Umfang der zur Individualisierung erforderlichen Angaben hängt vor allem von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des verfolgten Anspruchs ab.²⁵ Eine knappe Kennzeichnung des geltend gemachten Anspruchs kann insbesondere dann genügen, wenn zwischen den Parteien keine weitere Rechtsbeziehung besteht.²⁶ Maßgeblich ist, ob der Gegner den dahinterstehenden Sachverhalt erkennen kann.²⁷ Die Schilderung des Sachverhalts, aus dem die begehrte Rechtsfolge hergeleitet wird, kann sich dann im Einzelfall auch in der Angabe des Rechtsverhältnisses selbst erschöpfen, z. B. bei Geltendmachung einer Forderung „aus Beförderungsvertrag“.²⁸ Unzureichend ist dagegen etwa die pauschale Behauptung einer „unerlaubten Handlung“.²⁹ Gerade noch ausreichend mag die dürftige Kennzeichnung als „Unfall/Vorfall“ erscheinen, wenn zwischen den Parteien keinerlei andere rechtliche Beziehungen bestehen.³⁰

Um den Klagegrund kenntlich zu machen, muss der verfolgte Anspruch also nur in einem sehr begrenzten Maße durch Tatsachen gekennzeichnet sein. Die Individualisierung kann sich, wie gezeigt, unter Umständen sogar in der abstrakten Benennung des Rechtsverhältnisses erschöpfen. Wenn hinsichtlich der Klagerhebung heute dennoch zum Teil von Substantiierung die Rede ist,³¹ so ist damit gemeint, dass die Angaben bestimmt genug sein sollen, um eine Individualisierung zu ermöglichen;

21 Vgl. etwa *Bruns*, ZPR, ¹1968, S. 219 f. § 26 IV.

22 So bereits *Bruns*, Grundriss, 1949, S. 77.

23 *Paulus*, ZPR, ⁶2017, S. 74 Rn. 188.

24 BGH, Urt. v. 17.10.2000 – XI ZR 312/99, II 2c) cc), NJW 2001, 305, 307.

25 BGH, Urt. v. 5.12.1991 – VII ZR 106/91, II 2a, NJW 1992, 1111.

26 BGH, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 211/09, II 2b) aa), NJW 2011, 613, 614.

27 BGH, Urt. v. 18.11.1982 – VII ZR 118/81, 2c, WM 1983, 95 f.

28 BGH, Urt. v. 28.11.1969 – I ZR 6/68, IV 2, VersR 1970, 151.

29 BGH, Urt. v. 16.11.2016 – VIII ZR 297/15, II 2b, NJW-RR 2017, 380, 381.

30 BGH, Urt. v. 30.11.1999 – VI ZR 207/98, II 1b, NJW 2000, 1420 f.

31 So etwa BGH, Urt. v. 17.7.2008 – IX ZR 96/06, II, NJW 2008, 3142 f.

Substantiierung ist dann also ein bloßes Synonym für Bestimmtheit.³² Roth weist darauf hin, dass „zur Vermeidung von Begriffsverwirrung“ im Rahmen der Klageerhebung nicht von Substantiierung gesprochen werden sollte.³³

C. Substantiierung und Schlüssigkeit

Bei Klageerhebung genügt die Individualisierung des Anspruchs. Erfolg kann dem Begehren aber im Weiteren nur beschieden sein, wenn der verfolgte Anspruch schlüssig dargelegt wird. Da es sich für die Partei um ein Gebot im eigenen Interesse handelt, die notwendigen Tatsachen beizubringen, spricht man von einer Substantiierungslast.³⁴ Die Tatsachen müssen so genau bezeichnet werden, dass eine Schlüssigkeitsprüfung möglich ist. Fischer bemerkt dazu in seinem Lehrbuch aus dem Jahr 1918:³⁵ „Das damit erforderte Maß der Genauigkeit hängt aber von der Lage des Falls und namentlich auch von dem Verhalten des Gegners ab.“ Die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat diese Gedanken erst spät aufgegriffen und konkretisiert: Erstmals hat der BGH³⁶ sich in der Entscheidung WM 1962, 719 ausführlich mit den Anforderungen an die Substantiierung auseinandergesetzt und die Maßstäbe formuliert, denen die Substantiierung zu genügen hat.

I. Die Leitentscheidung BGH WM 1962, 719

BGH WM 1962, 719 zufolge ist es im Grundsatz ausreichend, wenn das Vorbringen seitens des Klägers schlüssig und das Verteidigungsvorbringen des Gegners erheblich ist.³⁷ Eine weitere Zergliederung kann unter Umständen nach den Einlassungen des Gegners geboten sein; das bedeutet jedoch nicht, dass der Darlegungsbelastete allein schon deshalb, weil der

32 Paulus, ZPR, ⁶2017, S. 74 Rn. 181.

33 Vgl. Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016 § 253 Rn. 53; kritisch auch Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, Vor §§ 253–299a, Rn. 24.

34 Vgl. Goldschmidt, ZPR, ²1932, S. 107 § 35.

35 Vgl. O. Fischer, Lehrbuch, 1918, S. 167.

36 Deutlich knapper auch schon RG, Urt. v. 1.6.1938 – II ZR 225/37, JW 1938, 2367.

37 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 719.

Gegner bestreitet, gezwungen wäre, den behaupteten Sachverhalt in allen Einzelheiten wiederzugeben.³⁸ Der BGH führt aus:³⁹

„Dem Grundsatz, dass der Umfang der Darlegungspflicht sich nach der Einlassung des Gegners richtet, liegt daher nicht etwa der Gedanke zugrunde, ein Kläger sei zur Förderung der Wahrheitsermittlung und zur Prozessbeschleunigung verpflichtet, den bestreitenden Gegner in die Lage zu versetzen, sich möglichst eingehend auf die Klagebehauptungen einzulassen. Der Grundsatz besagt nur, dass dann, wenn infolge der Einlassung des Gegners der Tatsachenvortrag unklar wird und nicht mehr den Schluß auf die Entstehung des geltend gemachten Rechtes zulässt, es seiner Ergänzung bedarf.“

Die Substantiierung soll also ausschließlich eine Schlüssigkeitsprüfung ermöglichen. Nur eine Einlassung des Gegners, die den Tatsachenvortrag in Hinblick auf die Schlüssigkeit „unklar“ erscheinen lässt, nötigt zu einer Ergänzung. Unklar und ergänzungsbedürftig wird nach der Überlegung des BGH der Tatsachenvortrag in folgendem Fallbeispiel:⁴⁰

„Will beispielsweise eine Partei mit der anderen eine Abrede getroffen haben und bringt diese daraufhin vor, es sei zu wiederholten Verhandlungen gekommen, so kann die Partei, die aus der behaupteten Vereinbarung Rechte herleitet, allerdings genötigt sein, zur Schlüssigkeit ihres Vortrages im einzelnen anzugeben, bei welcher dieser Verhandlungen und in welcher Weise die Einigung erfolgt ist.“

Das Beispiel ist etwas missverständlich;⁴¹ gemeint ist, dass der Gegner einwendet, es habe keine Einigung, sondern nur Verhandlungen gegeben.⁴² Dann ist *unklar*, ob dem wertenden Begriff der „Vereinbarung“ die notwendigen Einzeltatsachen mit Blick auf die rechtlichen Voraus-

38 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 719.

39 Vgl. BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720.

40 Vgl. BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 719.

41 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 84 f., versteht das Beispiel so, dass nicht der Abschluss als solcher fraglich ist, sondern dass unklar bleibt, aus welcher von mehreren Vereinbarungen geklagt wird: „Bei einer Klage aus Darlehen kann der Beklagte z. B. behaupten, der Kläger habe ihm mehrere Darlehen gegeben. Dann muß der Kläger durch weitere Umstände seinen Vortrag präzisieren, da sonst nicht feststehen würde, welcher prozessuale Anspruch geltend gemacht wird.“ – Das betrifft aber die Individualisierung, nicht die Schlüssigkeit des Anspruchs; auf letztere hebt der BGH jedoch ausdrücklich ab.

42 Richtig *Söllner*, Beweisantrag, 1972, S. 52; vgl. auch *Seidl*, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 84.

setzungen – korrespondierende Willenserklärungen, hier insbesondere Rechtsbindungswille, Rechtzeitigkeit der Annahme, kein neues Angebot nach § 150 Abs. 2 BGB – zu Grunde gelegt worden sind. Der BGH konstruiert dieses Beispiel für ein Unklar-Werden in Abgrenzung zu dem von ihm selbst zu entscheidenden Sachverhalt: Dort klagte eine Bank auf Zahlung aus einem im September 1957 erfolgten Vergleich, in welchem der Beklagte ein Schuldsaldo von rund 40.000 DM anerkannt hatte.⁴³ Der Beklagte behauptete jedoch, er habe mit der Bank Ende des Jahres 1957 oder Anfang des Jahres 1958 eine mündliche Zusatzvereinbarung dahingehend geschlossen, dass eine Gutschrift in Höhe von 27.500 DM von dem Vergleich ausgenommen sein solle.⁴⁴ Die Klägerin bestritt, eine solche Vereinbarung geschlossen zu haben, geschweige denn nach dem Vergleich überhaupt mit dem Beklagten zusammengetroffen zu sein.⁴⁵ Das Berufungsgericht hielt die Behauptung des Beklagten zur angeblich mündlich erfolgten Zusatzvereinbarung für unsubstantiiert; Zeit, Ort und Gelegenheit der von dem Vergleich abweichenden Vereinbarung seien anzugeben gewesen.⁴⁶

Vor diesem Hintergrund erfolgen die Ausführungen des BGH zum Unklar-Werden, dass hier gerade *nicht* gegeben war: Die angeblich mündliche Zusatzabrede wird mit Blick auf die Schlüssigkeit nicht dadurch unklar, dass ihr Zustandekommen als solches bestritten wird. Hier ist nicht zweifelhaft, ob der Beklagte zutreffend von den relevanten Einzeltatsachen auf das Vorliegen einer solchen Vereinbarung gefolgert hat, sondern ob seine Darstellung der Ereignisse *wahr* ist. Anders als in dem Beispielfall, wo gegenüber der behaupteten Abrede eingewandt wird, man habe verhandelt, sich aber nicht geeinigt, bestehen keine Unklarheiten hinsichtlich der rechtlichen Wertung „Abrede“: Die Klägerin hatte schon bestritten, überhaupt mit dem Beklagten zusammengetroffen zu sein, sodass kein Raum für Missverständnisse verbleibt. Ort, Gelegenheit oder eine genauere zeitliche Eingrenzung sind für die Schlüssigkeit der angeblichen Zusatzvereinbarung ebenso unerheblich wie die Tatsache, dass es im Bankgeschäft unüblich ist, solche Abreden mündlich zu treffen.⁴⁷ Da die Behauptung der Zusatzabrede zwar bestritten wurde, jedoch an der Schlüssigkeit der Behauptung bei Wahrunterstellung keine Zweifel bestehen konnten, war le-

43 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, WM 1962, 719.

44 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 1, WM 1962, 719.

45 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720

46 Vgl. BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, I, WM 1962, 719.

47 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720.

diglich im Rahmen der Beweisaufnahme zu klären, welche Sachverhaltsdarstellung der Wahrheit entsprach. Ergänzend führt der BGH aus, dass es auf die Wahrscheinlichkeit des unter Beweis gestellten Vortrags nicht ankommen soll, denn eine solche Prüfung würde auf eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung hinauslaufen.⁴⁸ Es bleibe dem Gericht unbenommen, in der Beweisaufnahme selbst die Zeugen nach Einzelheiten, soweit sie für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Aussagen erforderlich erscheinen, zu befragen.⁴⁹

II. Die Rezeption von BGH WM 1962, 719

BGH WM 1962, 719 ist unter zwei Gesichtspunkten rezipiert worden: Zum einen, dass es anderer Angaben, als zu einer Schlüssigkeitsprüfung notwendig sind, nicht bedarf, insbesondere nicht, um die Wahrscheinlichkeit des Vortrags vorab zu prüfen. Zum anderen, dass die nähere Zergliederung einer schlüssigen Behauptung erst dann erforderlich ist, wenn das Bestreiten des Gegners die Behauptung unklar erscheinen lässt.

1. Möglichkeit zur Schlüssigkeitsprüfung als alleiniger Maßstab

Die Literatur hat sich überwiegend dafür ausgesprochen, dass die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung den alleinigen Maßstab zur Beurteilung des Sachvortrags vor der Beweisaufnahme bilden soll;⁵⁰ soweit jedoch die Entscheidung BGH WM 1962, 719 in Teilen der Literatur Ablehnung erfahren hat und stattdessen eigene Maßstäbe entwickelt worden sind, soll die Darstellung dieser alternativen Konzepte zunächst zurückgestellt werden.

Aus der nachfolgenden Rechtsprechung ist BGH NJW 1984, 2888 hervorzuheben:⁵¹ Auch dort ging es in der Sache um die Darlegung einer Abrede, deren Substantiierung das Berufungsgericht mangels näherer Angaben seitens des Klägers zu Zeit, Ort und etwaigen weiteren Personen, die neben den Vertragsschließenden bei der Vereinbarung zugegen gewesen sein könnten, vermisste. Eine Prüfung und Auseinandersetzung sei dem

48 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720.

49 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720.

50 Vgl. statt vieler *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 48 und 84 f.

51 Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, I, NJW 1984, 2888, 2889.

Beklagten so nicht möglich.⁵² Es seien u. a. solche Angaben zur Substantiierung erforderlich, die dem Gegner die Einholung von Auskünften ermöglichen:⁵³

„Es genügt also nicht eine Bezeichnung dessen, *was* sich als anspruchsbegründend zugetragen hat. Erforderlich ist vielmehr die Schilderung der – für das Entstehen des Anspruchs selbst unerheblichen – Modalitäten des Geschehens, d. h. *wann*, *wo*, und *wie* es sich zugetragen hat.“⁵⁴

Das Berufungsgericht stellt damit an die Beurteilung des Sachvortrags ausdrücklich weitergehende Voraussetzungen, als zu einer bloßen Schlüssigkeitsprüfung notwendig wären; gestärkt werden soll die Einlassungsfähigkeit des Gegners. Der BGH hat dieser Ansicht – passagenweise unter wörtlicher Wiedergabe der Erwägungen aus BGH WM 1962, 719 – eine Absage erteilt: Ist die Klage ausreichend individualisiert, kommt es in der Folge nur auf die Schlüssigkeit des Vortrags an.⁵⁵

Zutreffend bemerkt allerdings *Stürner*, dass der mögliche Eindruck einer dahingehend ständigen Rechtsprechung zu diesem Zeitpunkt täuscht.⁵⁶ Denn noch im Jahr 1982 urteilte der gleiche Senat gerade im entgegengesetzten Sinne: Dort klagte ein Geschäftsführer auf Feststellung des Fortbestehen seines Dienstvertrages; seitens des beklagten Unternehmens wurde behauptete, der Kläger sei mit seiner Kündigung einverstanden gewesen.⁵⁷ Die angebliche Einverständniserklärung hielt der Senat für substanzlos, weil er „Ort, Zeit, Benennung der Gesprächspartner und Inhalt der in Frage stehenden Erklärungen“ vermisste.⁵⁸ Diese Angaben seien von besonderer Bedeutung, weil sich das beklagte Unternehmen auf das angebliche Einverständnis zunächst nicht berufen habe, welches auch in deutlichem Widerspruch zur Feststellungsklage des Geschäftsführers stehe.⁵⁹ Ganz un-

52 Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, I, NJW 1984, 2888, 2889.

53 KG, Urt. v. 1.3.1983 – 4 U 1049/82, I 3 (unveröffentlicht).

54 KG, Urt. v. 1.3.1983 – 4 U 1049/82, I 3 (unveröffentlicht; Hervorhebungen im Original).

55 Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, I 1, NJW 1984, 2888, 2889.

56 Vgl. *Stürner*, JZ 1985, 183, 185 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

57 BGH, Urt. v. 22.4.1982 – VII ZR 160/81, NJW 1982, 1708; vgl. auch *Stürner*, JZ 1985, 183, 185 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

58 BGH, Urt. v. 22.4.1982 – VII ZR 160/81, NJW 1982, 1708, II 3b, NJW 1982, 1708, 1710.

59 BGH, Urt. v. 22.4.1982 – VII ZR 160/81, NJW 1982, 1708, II 3b, NJW 1982, 1708, 1710.

verhohlen praktizierte der Senat hier noch eine Wahrscheinlichkeitskontrolle.⁶⁰

Aber auch während die Auffassung, nach der es ausschließlich auf die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung ankommt, sich im Anschluss an BGH NJW 1984, 2888 allmählich gefestigt hat⁶¹ und schließlich zur ständigen Rechtsprechung erstarkt ist,⁶² finden sich Entscheidungen, die neben der Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung zusätzliche Voraussetzungen an den Sachvortrag stellen, namentlich auf die Einlassungsfähigkeit desselben abheben.⁶³ Umfangreiche Gefolgschaft erfährt etwa der amtliche Leitsatz in BGH NJW 1992, 1967, wonach ein Beweisantritt nicht unterbleiben darf, wenn der Sachvortrag – in Ergänzung zur Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung – dem Gegner auch eine *sachliche Stellungnahme* ermöglicht.⁶⁴ Häufig bleibt unklar, welche Angaben jenseits der ohnehin erforderlichen Individualisierung geboten sein sollen, um dem Gegner eine Überprüfung⁶⁵ zu ermöglichen.⁶⁶ Zum Teil wird jedoch ausdrücklich gefordert, die Substantiierung solle dem Gegner die Nachprüfung der behaupteten Tatsachen und den Antritt von *Gegenbeweisen* ermöglichen.⁶⁷ Wenig überraschend ist es daher, wenn das OLG Brandenburg unter Berufung auf diese Rechtsprechung und in offenem Widerspruch zu BGH WM

60 Stürner, JZ 1985, 183, 185 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

61 Vgl. BGH, Urt. v. 23.4.1991 – X ZR 77/89, LS 3, II 4b, NJW 1991, 2707 2709; BGH, Urt. v. 29.9.1992 – X ZR 84/90, II 1, NJW-RR 1993, 189; BGH Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 160/91, II 1b, NJW-RR 1993, 626, 627.

62 Vgl. BGH, Urt. v. 15.12.1994 – VII ZR 140/93, 1b, NJW-RR 1995, 722; BGH, Urt. v. 1.2.1995 – IV ZR 265/93, 2c, NJW-RR 1995, 724, 725; BGH, Urt. v. 15.7.1997 – XI ZR 154/96, II 2b, WM 1997, 1666, 1168.

63 Vgl. auch Brögelmann, JR 2005, 309, 311.

64 BGH, Urt. v. 25.2.1992 – X ZR 88/90, 2. LS und II 3b, NJW 1992, 1967, 1968. – Nachfolgend etwa BGH, Urt. v. 28.10.1993 – VII ZR 192/92, II 3a, NJW-RR 1994, 280, 281; BGH, Urt. v. 5.7.1995 – XII ZR 246/93, LS und 2, NJW-RR 1996, 56; BGH, Urt. v. 22.11.1996 – V ZR 196/95, II 2, 3b, NJW-RR 1997, 270; BGH, Urt. v. 25.4.1996 – X ZR 95/93, I 2e, WKRS 1996, 15653; BGH, Urt. v. 19.11.2008 – VIII ZR 138/07, II 3b) aa), BGHZ 178, 362, 376; BGH, Beschl. v. 1.8.2012 – XII ZR 87/11, I 2, DS 2012, 318 f.; BGH, Beschl. v. 8.11.2012 – VII ZR 199/11, II 2b) aa), BeckRS 2012, 24271.

65 Vgl. BGH, Urt. v. 25.2.1992 – X ZR 88/90, II 3b, NJW 1992, 1967, 1968.

66 So auch Papanikolaou, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 23.

67 Vgl. BGH, Urt. v. 26.5.1999 – VIII ZR 123/98, II 4a, NJW-RR 1999, 1481, 1483; BGH, Urt. v. 29.3.2001 – IX ZR 20/00, II 2a, NJW-RR 2002, 343, 344; BGH, Urt. v. 30.9.2003 – XI ZR 232/02, II 1a) aa), NJW-RR 2004, 45; BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – VIII ZR 219/07, B 2b, BeckRS 2010, 23910; vgl. auch BGH, Urt. v. 22.6.2010 – VI ZR 337/09, II 3, NJW 2010, 2725, 2726 f.

1962, 719 in einer Entscheidung meint, um dem Gegner den Antritt von Gegenbeweisen zu ermöglichen, seien Angaben zu Ort und Zeit des Vertragsschlusses erforderlich.⁶⁸ Anspruch auf Allgemeingültigkeit erhebt diese von BGH WM 1962, 719 abweichende Rechtsprechungslinie indessen nicht; sie scheint vielmehr Ausdruck eines Verständnisses des Prozessrechts zu sein, nach welchem Verzicht auf vollständige Geschlossenheit und Widerspruchsfreiheit eine gewisse Flexibilität im Einzelfall sichern soll.⁶⁹

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung als alleiniger Maßstab für die Substantiierung sich zwar in der Rechtsprechung des BGH trotz gelegentlicher Abweichungen ganz überwiegend⁷⁰ durchgesetzt hat, es sich dabei jedoch um eine vergleichsweise junge Entwicklung der letzten Jahrzehnte handelt. Wenn es in OLG Köln NJW-RR 1999, 1155 heißt:⁷¹

„Die Auffassung einzelner Kammern des LG, der Klagevortrag sei unsubstantiiert, weil der Kläger nicht angegeben habe, wer – wann – wo – mit wem – warum usw. etwas getan oder unterlassen habe, ist falsch und war immer falsch, findet in der Rechtsprechung des BGH keine Stütze, ist aber bisher nicht auszurotten“,

dann übertönt der Theaterdonner gleichsam die Dissonanzen in der Rechtsprechung des BGH.

2. Unklar-Werden auf Grund der Einlassung des Gegners

Die zweite zentrale Erkenntnis in BGH WM 1962, 719 ist, dass der Darlegungsbelastete seine schlüssige Behauptung nicht schon deshalb weiter zergliedern muss, weil der Gegner bestreitet, sondern nur dann, wenn infolge der Einlassung die Behauptung nunmehr unklar erscheint. In späteren Entscheidungen hat der BGH sich auch der Formulierung bedient,

68 Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 4.6.2007 – 3 U 29/07, II 1b, BeckRS 2008, 9690.

69 Vgl. auch schon *Stürner*, JZ 1985, 183, 185 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

70 Einen Sonderweg beschreitet der VIII. Senat bei den Anforderungen an die Darlegung des Eigenbedarfsinteresses im Mietrecht: Dieses soll „substantiiert und plausibel“ dargelegt werden, wobei mit Plausibilität ein „stimmiger“ Vortrag gemeint ist, vgl. BGH, Urt. v. 29.3.2017 – VIII ZR 44/16, II 2b, NJW 2017, 2819, 2820 m. w. N.

71 Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 4.2.1999 – 19 W 4/99, NJW-RR 1999, 1155 (red. LS; die Entscheidung wurde durch *Lothar Jaeger* mitgeteilt).

Substantiierung sei notwendig, wenn der Parteivortrag in seiner Schlüssigkeit durch das gegnerische Vorbringen „unvollständig, mehrdeutig oder sonst unklar ist oder wird“.⁷²

In der Literatur wird diesem Gedanken nicht immer hinreichend Rechnung getragen. Dort wird das Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag zum Teil so verstanden, dass zunächst eine „pauschale“, wenn auch schlüssige Behauptung genüge, die jedoch konkretisiert werden müsse, sobald der Gegner sie „einfach“, d. h. ohne nähere Angaben bestreitet.⁷³ Als Beispiel wird häufig die Behauptung eines Vertragsschlusses genannt, der – in Übereinstimmung mit den äußert niedrigen Anforderungen des BGH hierzu – zunächst „pauschal“, d. h. ohne nähere Wiedergabe der zu Grunde liegenden Willenserklärungen, behauptet werden kann; wenn der Gegner den Abschluss dann ebenso pauschal bestreitet, soll der Darlegungsbelastete den Vertragsschluss näher substantiieren müssen.⁷⁴ Dieser Auffassung steht die Unklarheitsformel im Sinne von BGH WM 1962, 719 diametral entgegen: Ein „einfaches“ Bestreiten nötig demnach gerade *nicht* zur weiteren Zergliederung der Behauptung; erforderlich ist es, dass der Gegner einen Geschehensablauf vorträgt, aus dem sich Zweifel an Richtigkeit der Wertung „Vertragsschluss“ ergeben, so etwa, wie in BGH WM 1962, 719 beschrieben, durch die Erklärung, man habe nur verhandelt.⁷⁵ Erst dann erscheint es fraglich, ob der Darlegungsbelastete aus dem Geschehen die richtigen Schlussfolgerungen gezogen hat. Im Falle eines „einfachen“ Bestreitens wird dagegen die Behauptung nicht unklar, sondern nur beweisbedürftig.⁷⁶

72 BGH, Urt. v. 19.11.1987 – VII ZR 252/86, II, ZfBR 1988, 85; BGH, Urt. v. 24.3.1988 – VII ZR 232/86, 2a, NJW-RR 1988, 915, 916; BGH, Beschl. v. 27.9.2006 – IV ZR 143/05, I 2, BeckRS 2006, 12676; vgl. auch BGH, Beschl. v. 23.9.2009 – IV ZR 152/08, II 2, BeckRS 2009, 27898.

73 Vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 8a; H. D. Lange, DRiZ 1985, 247, 248; E. Schmidt, in: AK-ZPO, 1987, § 138 Rn. 60.

74 So etwa Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 8a; Hansen, JuS 1991, 558, 589; Frohn, JuS 1996, 243, 248; Brögelmann, JR 2005, 309, 311; Borck, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 124; Arz/Gemmer, JuS 2020, 935, 936 f.

75 Richtig daher Bruns, ZPR, ¹1968, S. 248 f. § 29 II 1; vgl. auch Geipel, Beweiswürdigung, ³2017, S. 976 Rn. 74; Seidl, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 84 und 227 f.

76 Ebenso Eschelbach/Geipel, ZAP Fach 13 (2010), 1681, 1682 (Beispiel 3).

Gleiches gilt für die seit jeher anerkannte Verwendung einfacher Rechtsbegriffe,⁷⁷ z. B. „Kauf“ oder „Miete“, die nach Ansicht vieler zwar zunächst ohne nähere Zergliederung vorgetragen werden können, aber dann zu substantiieren seien, wenn der Gegner sie „einfach“ bestreitet.⁷⁸ Hierzu gibt es mehrere Lesarten:⁷⁹ Nach einer Ansicht handelt es sich bei den sog. Rechtstatsachen nicht um Tatsachen, sondern um bloße Rechtsbehauptungen, über die ein Beweis nicht möglich sein soll; die Rechtstatsache soll der Gegner zugestehen können, etwa, indem er sie nicht bestreitet, bestreitet er sie jedoch, soll die Behauptung in Tatsachen zergliedert werden.⁸⁰ Bei der gewählten Prämisse müsste die Konsequenz allerdings eigentlich sein, dass der Gegner sich gegenüber der Rechtsbehauptung überhaupt nicht zu erklären braucht: Mangels Tatsachen würde weder die Zugeständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO greifen, noch könnte im Falle seiner Säumnis eine Schlüssigkeitsprüfung erfolgen.

Stimmiger⁸¹ ist die Lesart, nach der es sich bei den sog. Rechtstatsachen um echte, dem Beweis zugängliche Tatsachenmehrheiten handelt, die im Gleichlauf zu den juristischen Begrifflichkeiten gebraucht werden.⁸² Die Konsequenz ist, dass ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung gem. § 433 Abs. 2 BGB schlüssig dargelegt ist, wenn der Kläger behauptet, der Beklagte habe den fraglichen Gegenstand von ihm „gekauft“ – erscheint der Beklagte nicht zur Verhandlung, kann gegen ihn bereits auf Grund der Behauptung des Kaufs ein Versäumnisurteil ergehen.⁸³ Für alltägliche Rechtsbegriffe braucht es keine Subsumtionskontrolle, man darf dem Laien durchaus zutrauen, dass er den betreffenden Lebenssachverhalt zutreffend als „Kauf“ eingeordnet hat. Daraus folgt, dass auch bei den Rechtstatsachen nicht bereits ein „einfaches“ Bestreiten zur Zergliederung zwingt – wenn der Vor-

77 Auch als „juristische Tatsachen“ oder „Rechtstatsachen“ bezeichnet, vgl. *Saenger*, in: ZPO, ⁸2019 Rn. 11 m. w. N.; Nachweise zur älteren Literatur und Rechtsprechung bei *Glücklich*, Parteivernehmung, 1938, S. 64 Anm. 40; kritisch zu den Rechtstatsachen vor allem *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 36.

78 Vgl. etwa *Laumen*, in: *Hdb. d. Beweislast*, Bd. 1, ⁴2018, S. 177 Rn. 61 und *Arz/Gemmer*, JuS 2020, 935, 936 f.

79 Anschauliche Darstellung bei *Seidl*, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 216–232.

80 So etwa *Rosenberg*, *Beweislast*, ⁵1965, S. 167 f.

81 Ebenso *Seidl*, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 220–222, der auf die Widersprüchlichkeit der Gegenansicht hinweist.

82 *Söllner*, *Beweisantrag*, 1972, S. 51: Der „soziale“ Begriff wird synonym zur juristischen Wertung verwendet.

83 Vgl. *Gremmer*, MDR 2007, 1172.

trag bei Wahrunterstellung eine schlüssige Behauptung beinhaltet, kann die Behauptung nicht schon dadurch unschlüssig werden, dass der Gegner sie schlicht verneint.⁸⁴ Sie wird nur beweisbedürftig,⁸⁵ und es spricht nichts dagegen, etwa einen Zeugen zu seinen Wahrnehmungen hinsichtlich des „Kaufs“ zu befragen,⁸⁶ wenn man schon den Parteien zutraut, dass sie verstehen, was dieser Begriff voraussetzt.

Unklar und damit zergliederungsbedürftig wird die sog. Rechtstatsache mit Blick auf die Schlüssigkeit erst dort, wo Zweifel an der Richtigkeit der zu Grunde liegenden Schlussfolgerung bestehen.⁸⁷ Das kann etwa der Fall sein, wenn die darlegungsbelastete Partei zunächst pauschal eine „Leihe“ behauptet und die Gegenseite daraufhin einen Sachverhalt schildert, aus dem sich eine Schenkung ergibt.⁸⁸ Hier erscheint es fraglich, ob der Darlegungsbelastete das unentgeltliche Rechtsgeschäft zutreffend als Leihe eingeordnet hat. Der Darlegungsbelastete mag sich zwar sicher sein, dass er dem Gegner die Sache nur zeitweilig zur Verfügung stellen wollte; es kommt jedoch auf den Inhalt der nach einem objektiven Empfängerhorizont auszulegenden Willenserklärungen an. Daher muss der Darlegungsbelastete nun selbst einen vom gegnerischen Vortrag abweichenden Sachverhalt schildern, aus dem sich die rechtliche Wertung als Leihe rechtfertigt.

III. Die Substantiierungslast – ein „Phantom“?

Die bisherigen Erkenntnisse zur Grundlage der Substantiierungslast können in einem Zwischenergebnis festgehalten werden: Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH muss der Tatsachenvortrag lediglich konkret genug sein, um dem Gericht eine Schlüssigkeitsprüfung zu ermöglichen. Der verfolgte Anspruch wird durch die Darlegung von Tatsachen schlüssig gemacht, substantiiert. Einen normativen Anknüpfungspunkt hat die Sub-

84 *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 23 und *Seidl*, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 227–231; vgl. auch schon *Seutemann*, MDR 1997, 615, 618 f.; *Gremmer*, MDR 2007, 1172, 1175; *Eschelbach/Geipel*, ZAP, Fach 13, 2010, 1669, 1670.

85 *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 23.

86 Ebenso *Seidl*, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 229.

87 *Söllner*, Beweisanspruch, 1972, S. 51; *Seidl*, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 223.

88 *Seutemann*, MDR 1997, 615, 619.

stantiierungslast nicht,⁸⁹ und braucht ihn nach dem zuvor Gesagten auch nicht: Sie hängt inhaltlich von dem Begriff der Schlüssigkeit ab, den die ZPO ebenfalls nicht nennt, sondern voraussetzt, vgl. § 331 Abs. 2 ZPO. Die Substantiierung findet also nach dem Verständnis des BGH in dem Axiom der Schlüssigkeitsprüfung ihre Grundlage.⁹⁰

Eine andere Auffassung hat *von Selle*: Er meint, in § 138 Abs. 1 ZPO eine ausdrückliche Regelung gefunden zu haben.⁹¹ Daraus soll sich neben der Vollständigkeitspflicht noch eine eigenständige Vollständigkeitsobliegenheit – nämlich die Substantiierungslast – ergeben.⁹² Die herrschende Ansicht – welche dieser Norm nur eine Vollständigkeitspflicht als Teilaspekt der Wahrheitspflicht entnimmt – ignoriere die amtliche Überschrift („Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht“) und den Wortlaut der Norm.⁹³ Dagegen lässt sich vieles einwenden;⁹⁴ letztlich kann dies hier jedoch dahinstehen, denn auch *von Selle* räumt ein, dass die Substantiierung unabhängig von § 138 ZPO als notwendige Voraussetzung für unser Verständnis der Rechtsanwendung existiert.⁹⁵

Gremmer wiederum veranlasst der Gleichlauf von Substantiierung und Schlüssigkeit zu der Einschätzung, die Substantiierungslast entpuppe sich als „Phantom“.⁹⁶ Berechtigt ist dieses Fazit, soweit damit eine Entmystifizierung des Substantiierungsbegriffs beabsichtigt ist: Auf dem Boden der Rechtsprechung stehend kann es kein Stufenverhältnis dergestalt geben, wonach Tatsachenbehauptungen schlüssig, aber „noch nicht substantiiert“ sein könnten. Eine andere Frage ist es, ob der Begriff der Substantiierungs-

89 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 54–58.

90 Vgl. dazu auch schon *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 84.

91 Vgl. *von Selle*, in: BeckOK, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 1 f.

92 *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 1.1 und 2.1.

93 *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 1.1.

94 *von Selle* setzt sich bereits mit der Annahme einer Vollständigkeitsobliegenheit zu seiner eigenen Argumentation in Widerspruch, nach der eine eigenständige Erklärungspflicht aus der Überschrift zu entnehmen sein soll. Aus der Überschrift aber lässt sich auch eine solche Erklärungspflicht nicht begründen: Amtlich ist diese erst seit dem Jahr 2003, vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 3 des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses v. 27.7.2001, BGBl. I, S. 1887. Im Reichsgesetzblatt wurde die Norm noch zutreffend unter der Arbeitsüberschrift „Wahrheitspflicht“ wiedergegeben, vgl. Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933, RGBl. I, 780. Zur Vollständigkeitspflicht als bloßem Teilaspekt der Wahrheitspflicht vgl. Teil II, Kap. 1 B I.

95 Vgl. *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 1.1.

96 Vgl. *Gremmer*, MDR 2007, 1172, 1175.

last dadurch entbehrlich wird;⁹⁷ das ist zu verneinen. Die Schnittmengen zu den Begriffspaaren der Darlegungslast und Schlüssigkeit sind zwar groß, es verbleibt aber durchaus ein Bereich, den die Substantiierungslast treffend umschreibt: Während die Darlegungslast in erster Linie die Frage betrifft, *wer* welche Tatsachen behaupten muss, und die Schlüssigkeit das Subsumptionsergebnis meint, bezeichnet die Substantiierungslast die Notwendigkeit, alle zur Schlüssigkeitsprüfung erforderlichen Tatsachen hinreichend genau vorzutragen.⁹⁸

D. Alternative Konzepte

Bisher wurde gezeigt, dass Substantiierung Tatsachenvortrag meint, der zur Schlüssigkeitsprüfung geeignet ist. Da die Substantiierung nach diesem Verständnis die Voraussetzung der Schlüssigkeitsprüfung ist, und das Kriterium der Schlüssigkeit unzweifelhaft von der ZPO vorausgesetzt wird, bedarf es keiner ausdrücklichen Regelung. Nach Ansicht des BGH erschöpft sich die Substantiierung darin, dem Richter eine Schlüssigkeitsprüfung zu ermöglichen; weitergehende Anforderungen dürfen an die Berücksichtigungsfähigkeit des Vortrags nicht gestellt werden – es fehlt insoweit an einer Stütze im Gesetz. In der Literatur gibt es hierzu jedoch eine Reihe alternativer Vorstellungen. Diesen ist gemein, dass sie über die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung hinaus weitere Anforderungen an die Substantiierung stellen: Die Partei soll ihren schlüssigen Vortrag um schlüssigkeitsfremde Tatsachen ergänzen, mit dem Ziel, den Gegner in seiner Einlassungsfähigkeit zu stärken und dem Gericht die Kontrolle der Sinnhaftigkeit einer Beweisaufnahme zu ermöglichen. Inwieweit diese Konzepte für sich in Anspruch nehmen können, im Gesetz eine Grundlage zu haben, soll nachfolgend geprüft werden.

I. Die Ansicht Langes: „Substantiierungspflicht“ zur Prozessförderung

Lange nimmt an, dass die Angabe zusätzlicher Modalitäten unter dem Gesichtspunkt der Einlassungsfähigkeit, der Prozessbeschleunigung und der Verhütung missbräuchlicher Inanspruchnahme des Verfahrens wün-

⁹⁷ Vgl. auch schon *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 24 f.

⁹⁸ Vgl. auch *Frohn*, JuS 1996, 243, 247; ähnlich *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 25.

schenswert erscheint.⁹⁹ Die Verpflichtung zum Vortrag von Modalitäten ergebe sich aus der Vollständigkeitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO und der Prozessförderungspflicht nach §§ 282, 277 ZPO.¹⁰⁰ Es gebe zwar keine Stütze im Prozessrecht, die Beweisaufnahme hiervon abhängig zu machen;¹⁰¹ vielmehr sei es Sache des Gerichts, selbst Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts zu treffen, insbesondere von der Möglichkeit einer Parteianhörung Gebrauch zu machen.¹⁰² Einer Partei, welche die geforderten zusätzlichen Modalitäten nicht beibringt, soll jedoch eine Verzögerungsgebühr nach § 38 GKG auferlegt werden können.¹⁰³ *Lange* bezeichnet das als Substantiierungspflicht, die neben die Substantiierungslast treten soll.¹⁰⁴ Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Erfüllung der Substantiierungslast durch schlüssigen Vortrag im Eigeninteresse der Partei liegt, während die Mitteilung zusätzlicher Modalitäten des Geschehens im Interesse der anderen Prozessbeteiligten ist und daher eine Pflicht begründe.¹⁰⁵

Abgesehen von dem fehlgehenden¹⁰⁶ Verweis auf § 138 Abs. 1 ZPO hebt diese Ansicht zutreffend darauf ab, dass neben der allein von einem schlüssigen Vortrag abhängigen Beweisaufnahme flankierende Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts in Betracht kommen. Die vorgeschlagene Terminologie – eine Substantiierungspflicht neben der Substantiierungslast – ist allerdings nicht überzeugend: Die Angabe von Modalitäten, die nicht zur Schlüssigkeitsprüfung benötigt werden, jedoch als Ausfluss der Prozessförderungspflicht geboten sein sollen,¹⁰⁷ ist naheliegenderweise auch als Prozessförderungspflicht zu bezeichnen. Ein anderes Verständnis der Substantiierungslast ergibt sich aus der Auffassung *Langes* letztlich nicht.

99 Vgl. *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 249 f.

100 *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 250.

101 Vgl. *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 251.

102 *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 252.

103 *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 251 f.

104 Vgl. *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 250.

105 Vgl. *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 250.

106 Siehe oben Teil I, Kap. 1 C III.

107 So ausdrücklich *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 250: Die Pflicht zur vollständigen Erklärung ist „auch“ Ausfluss der Prozessförderungspflicht.

II. Die Ansicht *Broses*: Einlassungsfähigkeit als ergänzendes Kriterium

Brose ist der Ansicht, dass neben der Möglichkeit zur Schlüssigkeitsprüfung auch die Einlassungsfähigkeit des Vortrags ein Kriterium sei, dem die Substantiierung gerecht zu werden habe.¹⁰⁸ Einlassungsfähig sei der Vortrag, wenn er dem Gegner die Überprüfung der Behauptung und den Antritt von etwaigen Gegenbeweisen ermögliche.¹⁰⁹ Daher könnten auch Angaben erforderlich sein, wann, wo und im Beisein welcher Personen sich der Sachverhalt abgespielt haben soll.¹¹⁰ Ein schutzwürdiges Interesse, diese Angaben zurückzuhalten, sei nicht ersichtlich.¹¹¹ Vielmehr sei deren Mitteilung nach dem Grundsatz prozessualer Waffengleichheit und dem gegnerischen Anspruch auf rechtliches Gehör erforderlich und finde auch im Vollständigkeitsgebot des § 138 Abs. 1 ZPO seinen Ausdruck.¹¹² Eine Überforderung der Partei sei nicht zu befürchten, da die richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO Sorge dafür trage, die konkreten Anforderungen an den Vortrag zu vermitteln.¹¹³ Bleiben die Angaben aus, soll das Vorbringen als unsubstantiiert zurückzuweisen sein, wenn die Partei sich nicht ausnahmsweise auf entschuldigende Umstände berufen kann, für deren Vorliegen sie dann auch beweisbelastet sei.¹¹⁴

Die Ansicht *Broses*, eine Beweisaufnahme sei davon abhängig zu machen, ob der Vortrag den Gegner in seiner Einlassungsfähigkeit stärkt und ihm den Antritt etwaiger Gegenbeweise ermöglicht, stellt eine echte Alternative zur Auffassung des BGH dar. Immerhin kann sich *Brose* auf eine Nebenlinie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung berufen, die (auch) auf die Einlassungsfähigkeit des Vortrags abhebt.¹¹⁵ Fraglich ist aber, ob sich für dieses alternative Verständnis der Substantiierung eine Grundlage im Gesetz findet. Unzutreffend ist dabei schon die Begründung, der Grundsatz prozessualer Waffengleichheit respektive der Anspruch auf rechtliches Gehör gebiete es, die Beweisaufnahme davon abhängig zu machen, ob der Vortrag dem Gegner den Antritt von Gegenbeweisen ermöglicht. Wenn eingrenzende Angaben zu Zeit, Ort und weiteren Personen

108 Vgl. *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318; so auch schon *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 12–15; zustimmend B/L/H/Anders, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 18.

109 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1317–1319.

110 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318.

111 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318.

112 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318.

113 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318.

114 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318.

115 Vgl. *Brose*, MDR 2008, 1315, 1317 und oben Teil I, Kap. 1 C II 1.

erst während der Beweisaufnahme bekannt werden, kann und muss rechtliches Gehör dadurch gewährt werden, dass der Gegner ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme und zum Antritt von Gegenbeweisen erhält.¹¹⁶ Es droht daher keine Verletzung der Waffengleichheit, sondern eine Verzögerung des Verfahrens.¹¹⁷

Nun spricht nichts dagegen, auch dem eher profanen Ziel der Verfahrenseffizienz Rechnung tragen zu wollen.¹¹⁸ Dem wird man aber kaum gerecht werden, wenn in Ermangelung der gewünschten Angaben zunächst in einer Art Zwischenstreit Beweis darüber erhoben werden soll, inwieweit das Ausbleiben der Angaben entschuldigt ist.¹¹⁹ Aber selbst wenn die Partei die gewünschten Modalitäten schildert und der Gegner daraufhin sogleich Gegenbeweis antritt, ist damit noch nicht gesagt, dass sich daraus eine Effizienzsteigerung ergibt – nach wie vor muss beiden Seiten hinsichtlich der Erkenntnisse, welche erst die Beweisaufnahme zu Tage fördert, rechtliches Gehör gewährt werden.

Auch was die Erfüllbarkeit der Pflicht angeht, bestehen Zweifel: *Brose* hat bei seinen Überlegungen erkennbar das Bild einer darlegungsbelasteten Partei vor Augen, die ohne Weiteres zusätzliche Modalitäten zu ihrem schlüssigen Vortrag schildern und dem Gegner so den Antritt von Gegenbeweisen ermöglichen könnte. In der Tat gibt es in diesem Fall keinen vernünftigen Grund, es der Partei zu gestatten, Angaben bewusst zurückzuhalten, um dem Gegner so die Verteidigung zu erschweren und das Verfahren hinauszuzögern. Allerdings entspricht jenes Bild nur sehr bedingt den realen Gegebenheiten. Bereits der Maßstab dessen, wann welche zusätzlichen Modalitäten seitens der Partei zu erwarten sind, und wann ihr Ausbleiben entschuldigt werden kann, droht ganz im Belieben des Richters zu stehen. *Brose* etwa legt seinen eigenen Wertungsmaßstab offen, wenn er meint, es entspräche einem sorgsamem Vorgehen im Wirtschaftsleben, den Namen von Gesprächspartnern zu erfragen und diesen ebenso zu dokumentieren wie Datum und Ort des Gesprächs.¹²⁰ Ob der sorgfältige Teilnehmer des wirtschaftlichen Verkehrs tatsächlich stets eine solche Dokumentation anlegt – nach *Broses* Ansicht mit dem Endzweck, dem

116 H. D. Lange, DRiZ 1985, 247, 249; Eschelbach/Geipel, ZAP, Fach 13, 2010, 1669, 1676.

117 So auch schon H. D. Lange, DRiZ 1985, 247, 249 und 251; Eschelbach/Geipel, ZAP, Fach 13, 2010, 1669, 1676.

118 Auf die Prozessförderung bezugnehmend auch *Brose*, MDR 2008, 1315, 1319; ebenso Brögelmann, JR 2005, 309, 313 f.

119 Vgl. H. D. Lange, DRiZ 1985, 247, 251.

120 Vgl. *Brose*, MDR 2008, 1315, 1319.

Gegner in einem etwaigen Prozess den Antritt von Gegenbeweisen zu ermöglichen – erscheint ebenso fraglich, wie den Rechtsschutz im Zivilprozess nur einem idealtypisch sorgfältigen Verkehrsteilnehmer zu gewähren. Offenkundig hilft im Prozess auch ein Hinweis nach § 139 ZPO darauf, was die Partei vorprozessual hätte an Informationen sammeln müssen, um nach Ansicht des Richters ihrem Sorgfaltsmaßstab zu genügen, nicht weiter.¹²¹

Schließlich führt es zu merkwürdigen Ergebnissen, wenn der Mangel an nach Anschauung des jeweiligen Richters erwartbaren Angaben der Partei zum Vorwurf gemacht wird und eine Beweisaufnahme unterbleibt, obwohl sich bei Durchführung derselben herausgestellt hätte, dass sich das Geschehen tatsächlich so wie behauptet zugetragen hat. *Broses* These krankt an der Tatsache, dass in zahlreichen Prozessen der Gegner gar nicht in der Lage ist, Gegenbeweis anzutreten, und zwar nicht selten deshalb, weil er sich im Unrecht befindet. Dem Maßstab *Broses* folgend würde in jenen Fällen die darlegungsbelastete Partei den Prozess wegen vermeintlich unzureichender Einlassungsfähigkeit verlieren, obwohl der Gegner auch bei Vortrag von Modalitäten nichts Erhebliches hätte erwidern können.

Weder ist klar, ob die nach Ermessen des jeweiligen Richters erforderlichen Modalitäten, wenn sie beigebracht werden zu einer Beschleunigung des Verfahrens führen, noch ist bei ihrem Ausbleiben der Schluss gerechtfertigt, die Einlassungsfähigkeit des Gegners sei beeinträchtigt. Eine Ansicht, die neben der Schlüssigkeit zusätzliche Modalitäten zur Einlassungsfähigkeit fordert und die Beweisaufnahme hiervon abhängig machen will, ist daher abzulehnen.

III. Wahrscheinlichkeits-, Plausibilitäts- und Missbrauchskontrolle

Mehr als eine bloße Beschleunigung des Prozesses haben die Verfechter einer „Plausibilitätskontrolle“ im Sinn: Ihnen geht es maßgeblich um die Integrität des einzelnen Verfahrens und der Institution des Zivilprozesses als Ganzes.¹²² Unter dem diffusen Begriff firmieren Ansichten, nach denen weniger die Einlassungsfähigkeit des Vortrags, sondern die Stimmigkeit

121 Vgl. zum Phänomen sog. Schein-Hinweise auch *Frohn*, JuS 1996, 243, 246: Es werden von vornherein unerfüllbare Auflagen gemacht, um das Vorbringen als unsubstantiiert zurückweisen zu können.

122 Vgl. nur *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 118 f.

desselben den Maßstab für die Substantiierung bilden soll. Die etwas verschämte Bezeichnung als „Plausibilitätskontrolle“ versteht sich in Abgrenzung zu einer Wahrscheinlichkeits- bzw. Glaubhaftigkeitskontrolle, die als unzulässige¹²³ Vorwegnahme der Beweiswürdigung gerade nicht erfolgen soll: Eine Beweisaufnahme, darüber besteht im Grunde auch bei den Verfechtern der „Plausibilitätskontrolle“ Einigkeit,¹²⁴ darf nicht davon abhängig gemacht werden, wie wahrscheinlich es ist, dass sich die unter Beweis gestellte Tatsache als wahr erweist. Ob die „Plausibilitätskontrolle“ in ihrer jeweiligen Ausgestaltung diesem Anspruch gerecht wird, soll im Folgenden geprüft werden. Zugleich muss auch das für gewöhnlich apodiktisch¹²⁵ gehandhabte „Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung“ auf seine Berechtigung hin untersucht werden.

1. Plausibilitätskontrolle nach *Meyke*

Meyke erkennt im Grundsatz an, dass eine Beweiserhebung nicht allein deshalb unterbleiben darf, weil die unter Beweis gestellte Tatsachenbehauptung unwahrscheinlich erscheint.¹²⁶ Das Vorbringen soll jedoch von einer Beweisaufnahme ausgeschlossen werden, wenn der Vortragende auf ein Bestreiten der Gegenseite hin nicht näher substantiiert kann; eine Zergliederung des Vortrags sei stets und nicht nur dann erforderlich, wenn das ursprüngliche Vorbringen in Folge der Einlassungen des Gegners unklar werde, und habe im Übrigen auch die Angabe von Ort, Zeit und Umständen des Geschehens zu beinhalten.¹²⁷ Grund sei die praktische Erfahrung, dass die Partei in Ermangelung solcher Angaben meist auch nicht in der Lage sein werde, den Richter in der Beweisaufnahme zu überzeugen.¹²⁸ Unwahrscheinliches Vorbringen könne häufig nicht näher konkretisiert werden, „weil es eben nicht der Wahrheit entspricht.“¹²⁹

Damit erweist sich die Plausibilitätskontrolle nach *Meyke* als eine kaum verbrämte Wahrscheinlichkeitskontrolle: Neben dem schlüssigen Vortrag sollen weitere Angaben erforderlich sein, deren Ausbleiben den Richter zu

123 Vgl. statt vieler *Paulus*, ZPR, 62017, S. 164 Rn. 429.

124 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 123; *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 80; *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2231 f.

125 Vgl. *Nissen*, Recht auf Beweis, 2019, S. 351.

126 Vgl. *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2231 f.

127 *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2231 f.

128 *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2231 f.

129 *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2232.

dem Schluss berechtigt, dass Vorbringen sei wahrscheinlich unbeweisbar, möglicherweise sogar unwahr. Die zentralen Aussagen von BGH WM 1962, 719 – Substantiierung nur bei Unklarheit, keine Angabe von Modalitäten – lehnt *Meyke* ausdrücklich ab.¹³⁰ Diese Plausibilitätskontrolle scheint also auf eine verbotene Vorwegnahme der Beweiswürdigung hinauszuweisen. An dieser Stelle kann die Frage nach der Berechtigung jenes Verbots gestellt werden.

2. Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung

Positiv gewendet entspricht dem Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung die Frage nach einer etwaigen richterlichen Beweiserhebungspflicht. Als Begründung einer solchen Beweiserhebungspflicht werden in Literatur und Rechtsprechung regelmäßig das „Recht auf Beweis“ und der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO genannt.¹³¹

a) Das „Recht auf Beweis“

Das „Recht auf Beweis“ soll seine Quelle in der Verfassung haben: Der Justizgewährungsanspruch als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG und das Gebot rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG werden als Grundlagen hierfür angeführt.¹³² Die Deduktion beschränkt sich allerdings zumeist, wie *Wörner* pointiert festgestellt hat, auf das Postulat, das „Recht auf Beweis“ sei der Ausgleich zum Verbot der Selbsthilfe.¹³³ Auch wenn der Gedanke als Ausdruck eines bestimmten Gesellschaftsbildes etwas für sich haben mag: Zwingend ist er allein deshalb nicht.¹³⁴ Das Selbsthilfeverbot besteht, solange der Gewaltanspruch des Staates besteht und hängt dem Grunde nach nicht davon ab, ob dem Ge-

130 Vgl. *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2231, 2234.

131 Vgl. dazu *Nissen*, Recht auf Beweis, 2019, S. 338–345, 351 m. w. N.

132 Vgl. dazu *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 164–168 m. w. N.

133 Vgl. *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 219.

134 Vgl. auch *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 219 f.

waltunterworfenen hierfür eine Kompensation gewährt wird.¹³⁵ Eine andere Frage ist es, welches Bild sich der Gesetzgeber historisch zu eigen machen wollte.¹³⁶ Letztlich kann aber auch dies dahinstehen; denn auch wenn der Gesetzgeber ein „Recht auf Beweis“ als Ausgleich gewähren wollte, lässt dies keine konkreten Schlüsse auf Voraussetzungen und Grenzen desselben zu.

Neben dem Kompensationsgedanken kommt die *Akzeptanz des Verfahrens* als Ziel und Begründung des „Rechts auf Beweis“ in Betracht. Diese Erwägung legt etwa *Brehm* seiner Ablehnung eines auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen beruhenden Absehens von der Beweiserhebung zu Grunde. Eine „Plausibilitätskontrolle“, die meint, auf die Ausschöpfung der Erkenntnismöglichkeiten verzichten zu können, würde bedeuten, Vorurteilen einen legitimen Platz einzuräumen.¹³⁷ Statt einer Aufklärung des Sachverhalts bekommt die Partei gesagt, dass eine solche ohnehin keinen Erfolg haben wird. Der Anschein solcher Voreingenommenheit ist geeignet, eine wesentliche Funktion des Prozesses zu beschädigen: „Legitimation durch Verfahren“ kann es nicht geben, wenn das Verfahren auf eine diskretionäre richterliche Entscheidung reduziert wird.¹³⁸ *Scheuerle* hat diesen Gedanken bereits in seiner Anmerkung zur Leitentscheidung BGH WM 1962, 719 treffend zum Ausdruck gebracht:¹³⁹

„Mag die *falsche* Beurteilung eines Stückes Prozeßstoff vom Betroffenen verziehen werden, weil auch Richter irrende Menschen sind, die *Nicht*beurteilung ist für den Bürger eine harte Sache. Von ihr sollten

135 Zu den unterschiedlichen Verständnismöglichkeiten des Selbsthilfeverbotes etwa *F. Klein*, *Zeit- und Geistesströmungen*, 1901 (zitiert als 2. Aufl. 1958), S. 4f.: Die Vorstellung des Verzichts ist „vom Standpunkte des contrat social oder der modernen Assimilationsidee ein freiwilliges Aufgeben, vom Standpunkte derjenigen, die den Staat durch das Emporkommen einer alle anderen Elemente überwältigenden herrschenden Macht entstehen lassen, ein Raub am Besiegten, eine abgerungene Freiheitsminderung.“ *Klein* weist ergänzend darauf hin, dass bereits die Annahme einer unbeschränkten Selbsthilfe im vorstaatlichen Zustand fernliegend erscheint.

136 In diesem Sinne zur ZPO etwa *Paulus*, ZPR, 62017, S. 18 Rn. 25 m. w. N.: Das Ideal des Gesellschaftsvertrages ist das geistesgeschichtliche Gedankenmodell der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, die „Grundidee“, auf der die ZPO beruht.

137 *Brehm*, *Bindung des Richters*, 1982, S. 121.

138 Vgl. *Brehm*, *Bindung des Richters*, 1982, S. 121 und 135 f., in Anlehnung an *Lubmann*, *Legitimation durch Verfahren* (2. Aufl. 1975).

139 Vgl. *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 34 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61; Hervorhebungen im Original).

unsere Richter so wenig wie irgend möglich Gebrauch machen, wenn ihnen das Ansehen ihres Standes und Staates am Herzen liegt.“

Letztlich fehlt jedoch auch diesem Argument das Zwingende. Auch wenn die Akzeptanz des Verfahrens unbestreitbar wünschenswert erscheint – dass die Verfassung aus diesem Grund eine Beweiserhebung ohne vorherige Plausibilitätserwägungen gebieten würde, bleibt unbelegt. *Brehm* fasst seine eigenen Überlegungen insoweit zutreffend als „praktische Bedenken“ auf.¹⁴⁰ Dennoch erscheint es möglich, dass diesen Bedenken bereits auf Ebene des einfachen Rechts Rechnung getragen ist: Gemeint ist der bedeutendste Fixstern richterlicher Entscheidungsfindung im Zivilprozess, § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO.

b) Das Beweismaß des § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO

Eine Beweiserhebungspflicht auf den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO zu stützen, hat ebenfalls Kritik erfahren. Dem Wortlaut der Norm ist zunächst nur zu entnehmen, das Gericht habe sich unter Berücksichtigung des „gesamten“ Inhalts der Verhandlungen und einer „etwaigen“ Beweisaufnahme seine Überzeugung zu bilden. § 286 ZPO vermittelt demnach die Befugnis, den Beweis abzulehnen, wenn sich das Gericht von der Wahrheit einer Behauptung bereits anderweitig eine Überzeugung gebildet hat.¹⁴¹ Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, § 286 ZPO schließe als richterliche Befugnisnorm zur Ablehnung des Beweises eine Verpflichtung zur Erhebung des Beweises notwendigerweise aus.¹⁴² § 286 ZPO ordnet an, dass sich das Gericht – mit oder ohne Beweisaufnahme – von der Wahrheit oder Nichtwahrheit der Behauptung zu *überzeugen* hat.

Abgesehen werden kann etwa von der Vernehmung eines Zeugen, der durch Bekundung seiner Beobachtungen einen behaupteten Unfallher-

140 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 121.

141 *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 173.

142 So aber *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 173. – *Wörner* selbst leitet eine Beweiserhebungspflicht des Gerichts aus der Verhandlungsmaxime her: Mit der Last der Parteien, Tatsachen beizubringen und unter Beweis zu stellen, korrespondiere die Pflicht des Gerichts, über sie Beweis zu erheben, vgl. *Vorweggenommene Beweiswürdigung*, 2019, S. 196.

gang beweisen soll, wenn das Gericht sich bereits an Hand einer Videoaufzeichnung von eben diesem Hergang überzeugen konnte.¹⁴³

Abgesehen werden darf aber auch von der Vernehmung eines Zeugen, der im Rahmen eines Hauptbeweises ein Geschehen bekunden soll, das vermeintlich von einer Videoaufzeichnung abweicht; das Gericht kann – abhängig von der konkreten Beschaffenheit der Aufzeichnung – zu dem Schluss gelangen, dass die Zeugenaussage an der bereits auf Grund jener Aufzeichnung gewonnenen Überzeugung nichts mehr ändern wird.¹⁴⁴ Regelmäßig muss sich das Gericht jedoch unter Ausschöpfung seiner Erkenntnismöglichkeiten eine Überzeugung erst noch bilden, in den Worten des BGH, weil „die Erfahrung lehrt, daß oft ein einziger Zeuge oder ein einziges sonstiges Beweismittel eine gewonnene Überzeugung völlig erschüttern kann“.¹⁴⁵

§ 286 ZPO kann also ebenso zur Ablehnung eines Beweises berechtigen wie zu seiner Erhebung verpflichten; alleiniges Kriterium ist dabei, ob das Gericht bereits die notwendige Überzeugung hinsichtlich des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer Tatsache erlangt hat.

c) Plausibilitätskontrolle und das Beweismaß des § 286 ZPO

Mit Blick auf die „Plausibilitätskontrolle“ erscheint es fraglich, ob allein das Ausbleiben von Angaben zu Zeit, Ort und näheren Umständen in dem Vortrag der Partei dem Richter wirklich die Überzeugung nach § 286 ZPO verschaffen kann, die Tatsache werde sich auch in einer Beweisaufnahme nicht als wahr erweisen; nach *Meyke* soll nicht einmal eine informatorische Parteianhörung gem. § 141 ZPO erforderlich sein, um zu einer entsprechenden Überzeugung zu kommen.¹⁴⁶ Es soll hier nicht der Eindruck erweckt werden, die geforderten Modalitäten wären völlig ungeeignet, um die Erfolgsaussicht des Beweises zu beurteilen: Das Fehlen näherer Anga-

143 Vgl. auch *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 258 f.

144 *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 304 f. m. w. N. – Anders jedoch, wenn der Zeuge im Rahmen des *Gegenbeweises* ein abweichendes Geschehen schildern soll. Da ein solcher Beweis nicht die volle Überzeugung zu erbringen, sondern lediglich Zweifel zu wecken hat, wird man je nach Art des Falles auch bei einer Videoaufzeichnung eine Erschütterung durch den Zeugenbeweis nicht ausschließen können.

145 BGH, Urt. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67, III 10d, BGHZ 53, 245, 259 f.; vgl. dazu auch *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 305.

146 Vgl. *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2234.

ben, die der Partei eigentlich möglich sein müssten, kann in der Tat den Schluss auf die Unwahrheit der Behauptung als naheliegend erscheinen lassen. Richtig ist auch, dass diese Modalitäten, von denen die Beweisaufnahme nach Auffassung des BGH nicht abhängig gemacht werden soll, im Rahmen einer Beweiswürdigung letztlich Berücksichtigung finden können.¹⁴⁷ Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, eine entsprechende Wertung des Vortrags müsse dann eben auch ohne Beweisaufnahme möglich sein: Die Alltagstheorien zu einem plausiblen Vortrag, die der Richter in seine Entscheidungsfindung einbringt – es sei noch einmal an den sorgfältigen Teilnehmer des Wirtschaftsverkehrs erinnert, der alles mit Blick auf einen etwaigen Prozess dokumentiert¹⁴⁸ – bieten für sich genommen nur eine begrenzte Richtigkeitsgewähr. Dass der Richter in seiner Urteilsfindung derartige Wertungen treffen mag, kann nur dann als Ausdruck seiner Überzeugung gelten, wenn er zuvor seine Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft hat, sich also selbst Gelegenheit gegeben hat, seine Annahmen auf den Prüfstand zu stellen. *Brehm* berichtet in diesem Zusammenhang von einem Richter am OLG Stuttgart, der seinem Votum auch eine Prognose über den Erfolg der Beweisaufnahme beifügte, welche sich in 80 % der Fälle als richtig erwiesen habe.¹⁴⁹ Entscheidend an diesem Befund ist nicht, dass der Richter mit seiner Prognose in den meisten Fällen Recht behalten hat, sondern, dass er ohne Beweisaufnahme 2 von 10 Fällen falsch beurteilt hätte. Wenn der Richter in dem Wissen um die Fehleranfälligkeit seiner Entscheidung auf eine weitere Aufklärung verzichtet, verfehlt er damit das Beweismaß der Überzeugung nach § 286 ZPO. Eine Plausibilitätskontrolle im Sinne *Meykes* ist daher als unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung zurückzuweisen.

3. Plausibilitätskontrolle nach *Seutemann*

Dem ersten Anschein nach deutlicher von der wiederum dem Grunde nach für unzulässig erklärten Wahrscheinlichkeitskontrolle abzugrenzen ist die Ansicht *Seutemanns*.¹⁵⁰ Die Plausibilitätskontrolle erfordere, dass auch ein unwahrscheinlicher Sachverhalt ohne Widersprüche und Lücken

147 Vgl. nur BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720.

148 Kap. 1 D II.

149 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 54 Anm. 8.

150 Vgl. *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 80.

und mithin denkbar, *plausibel*, geschildert werde.¹⁵¹ Der gesamte Tatsachenvortrag müsse einer Schlüssigkeitsprüfung unterzogen werden; wer etwa behaupte, ein Fahrzeug unbeschädigt zurückgegeben zu haben, könne nicht unerklärt lassen, warum er zuvor solche Beschädigungen in einem Brief an Dritte eingeräumt habe: Beides zugleich sei denklogisch nicht möglich.¹⁵²

Soweit diese Ansicht einen widerspruchsfreien Vortrag verlangt, weil bei sich gegenseitig ausschließenden Sachverhaltsschilderungen eine Wahrunterstellung des gesamten Vorbringens schlechthin nicht möglich wäre, wird man ihr zustimmen können. Zur Klarstellung reicht es aber, wenn die Partei deutlich macht, an welcher Sachverhaltsalternative sie festhalten will – maßgeblich für die Schlüssigkeitsprüfung ist dann nur noch der Vortrag, auf den sich die Partei zuletzt berufen hat.¹⁵³

Eine solche Festlegung hält auch *Seutemann* für geboten. Allerdings meint er, die Partei müsse nun den *Wechsel* ihres Vortrags plausibel machen: Im Beispiel des zurückgegebenen Fahrzeugs etwa durch die Behauptung, die in dem Schreiben noch eingeräumten Schäden seien behoben oder das Schreiben selbst gefälscht.¹⁵⁴ Weshalb das Fahrzeug zu einem früheren Zeitpunkt als beschädigt bezeichnet wurde, ist aber nur für die Glaubhaftigkeit der Darstellung von Interesse;¹⁵⁵ *Seutemann* wird hier seinem eigenen Maßstab, der Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung, nicht mehr gerecht. Auch *Seutemanns* Plausibilitätskontrolle erweist sich daher im Ergebnis als Wahrscheinlichkeitskontrolle, konsequenterweise dann auch in ausdrücklicher Ablehnung der Rechtsprechung des BGH, wonach es auf das „wann“, „wo“ und „wie“ für die Schlüssigkeitsprüfung nicht ankommt.¹⁵⁶

4. Plausibilitätskontrolle im Sinne *Stürners*

Eine erste Plausibilitätskontrolle findet sich bei *Stürner*; dort wird sie als Funktion der Substantiierungslast angesehen.¹⁵⁷ Zweck der Substantiie-

151 *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 80.

152 *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 80.

153 Statt vieler *Gremmer*, MDR 2010, 245 f.

154 Vgl. *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 81 f.; ebenso *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3122.

155 Vgl. auch *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 26 Rn. 13.

156 Vgl. *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 83.

157 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 118.

rungslast sei es, missbräuchliche Verfahrenseinleitungen zu vermeiden.¹⁵⁸ Vor dem Hintergrund der Frage, ob eine Sachverhaltsaufklärung auch dann erfolgen soll, wenn eine Behauptung schlüssig, aber ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt, gleichsam aufs Geratewohl aufgestellt wird, führt *Stürner* aus:¹⁵⁹ Ohne vernünftigen – „plausiblen“ – Grund soll die gerichtliche Tätigkeit nicht beansprucht werden.¹⁶⁰ Vermutungen darf die Partei aufstellen, wenn sie Anhaltspunkte im Sinne einer vernünftigen Vermutungsbasis hat.¹⁶¹ Behauptungen zuzulassen, für die es gar keinen tatsächlichen Anhaltspunkt gibt, würde dagegen auf eine voraussetzungslose Wahrheitsprüfung hinauslaufen und die Funktionsfähigkeit des Prozesses gefährden.¹⁶² Zum Schutz vor missbräuchlichen Verfahrenseinleitungen seien daher tatsächliche Anhaltspunkte notwendig.¹⁶³

Soweit die Plausibilitätskontrolle tatsächliche Anhaltspunkte für die aufgestellten Behauptungen verlangt, handelt es sich ihrer Zielsetzung nach nicht im eigentlichen Sinn um eine Wahrscheinlichkeitskontrolle. Vielmehr geht es darum, dass ungeachtet der Wahrscheinlichkeit einer Behauptung die Sachverhaltsaufklärung nicht um ihrer selbst willen erfolgen soll, sondern nur, wenn die Partei auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte Anlass hat, staatlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Eine so verstandene Missbrauchskontrolle¹⁶⁴ wendet sich gegen rein spekulative, gleichsam ins Blaue hinein aufgestellte Geratewohl-Behauptungen. Inwieweit die konkrete Ausgestaltung der Plausibilitätskontrolle bei *Stürner* ihrem eigenen Anspruch gerecht wird, soll hier zunächst zurückgestellt werden – zunächst ist zu klären, ob es eines Schutzes vor Geratewohl-Behauptungen überhaupt bedarf.

158 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 113 f.

159 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 106–113.

160 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 114 f.

161 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 120.

162 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 113 f. und 118.

163 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 118.

164 Vgl. *Stürner*, JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

Zweites Kapitel: Das Verbot von Geratewohl-Behauptungen

Der einzige Maßstab, dem die Substantiierung nach der Rechtsprechung des BGH genügen muss, ist die Möglichkeit des Gerichts zur Schlüssigkeitsprüfung. Sind die Behauptungen schlüssig vorgetragen, muss sich der Gegner hierzu gem. § 138 Abs. 2 ZPO erklären. Bestreitet er, wird über die Behauptung Beweis erhoben. Ausnahmsweise jedoch muss sich der Gegner gegenüber einer schlüssigen Behauptung nicht erklären und auch die Beweisaufnahme unterbleibt: Das ist der Fall, wenn der Darlegungsbelastete Tatsachen schlüssig, aber ohne jeglichen Anhaltspunkt, gleichsam aufs Geratewohl behauptet.

A. Ausforschungsbeweis, Beweisermittlungsantrag und Geratewohl- Behauptungen

Das Verbot von Geratewohl-Behauptungen wird häufig als Teilaspekt des sog. Ausforschungsbeweises aufgefasst. Jede Beschäftigung mit diesem Topos beginnt mit der Feststellung, dass damit eine Anzahl durchaus unterschiedlicher prozessualer Konstellationen in Verbindung gebracht werden.¹⁶⁵ Hier soll geklärt werden, ob Tatsachenbehauptungen substantiiert, aber willkürlich, das heißt ohne Anhaltspunkte für ihre Richtigkeit aufgestellt werden dürfen. Zur Abgrenzung ist diesen Geratewohl-Behauptungen die Konstellation des sog. Beweisermittlungsantrags vorangestellt.

I. Unsubstantierter Tatsachenvortrag: Der Beweisermittlungsantrag

Der Beweisermittlungsantrag meint eine Konstellation, in der die Partei sich die notwendigen Tatsachen für ihren Vortrag erst durch die Beweisaufnahme zu verschaffen versucht. Als Beispiel kann die Behauptung dienen: „Das Bauwerk weist Mängel auf; Beweis: Sachverständigengutachten.“¹⁶⁶ Dass ein solcher Beweisantrag unzulässig ist, ergibt sich schon da-

165 Statt aller *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 46–55, mit Überblick zu den Kategorisierungsversuchen der Literatur.

166 *Gremmer*, MDR 2007, 1172, 1173.

raus, dass mangels Tatsachenvortrages die Schlüssigkeit desselben nicht geprüft werden kann.¹⁶⁷ Ob ein Beweisermittlungsantrag anzunehmen ist, hängt mithin von den Anforderungen an die Substantiierung des unter Beweis gestellten Tatsachenvortrags ab.¹⁶⁸ Jeder unsubstantiierte Vortrag, der mit einem Beweisantrag schließt, läuft auf einen Ausforschungsbeweis hinaus.¹⁶⁹ Die Einordnung als Frage des Beweisrechts kann insofern bezweifelt werden.¹⁷⁰ Um unsubstantiierte Behauptungen geht es im Folgenden nicht.

II. Substantiiertes, aber willkürlicher Tatsachenvortrag: Die Geratewohl-Behauptungen

Von den unsubstantiierten Behauptungen, die gewissermaßen reflexhaft mit einem Ausforschungsbeweis enden, sind die sog. Geratewohl-Behauptungen zu unterscheiden. Gemeint sind schlüssige, aber willkürlich aufgestellte Tatsachenbehauptungen, über die Beweis erhoben werden soll.¹⁷¹ In diesem Fall wird spekulativ eine substantiierte Tatsachenbehauptung aufgestellt, für deren Richtigkeit es jedoch keinen Anhaltspunkt gibt. Ein klassisches, wenn auch mittlerweile überholtes Beispiel ist die spekulative Behauptung des Zahlvaters, das auf Unterhalt klagende Kind stamme nicht von ihm, die Kindesmutter habe während der Empfängniszeit mit einem anderen – nicht näher benannten – Mann verkehrt, worüber die Kindesmutter als Zeugin vernommen werden soll.¹⁷² Der fehlende Ver-

167 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 82 f.

168 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 52.

169 Vgl. auch *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 247; *Eschelbach/Geipel*, ZAP, Fach 13, 2010, 1669, 1679.

170 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 82 f.; *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 31 Rn. 27.

171 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 73; *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 14 f. Grundlegend für die Einordnung der Geratewohl-Behauptungen als Fallgruppe des Ausforschungsbeweises neben der des Beweisermittlungsantrages auch schon OLG Freiburg, Beschl. v. 7.4.1952 – 2 W 9/52, JZ 1953, 229, 230.

172 Aus der Rechtsprechung zur willkürlichen Mehrverkehrsbehauptung i. S. v. § 1717 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. ist die Doktrin des Ausforschungsverbotes für Geratewohl-Behauptungen maßgeblich entwickelt worden, vgl. *Söllner*, Beweisantrag, 1972 S. 209 Anm. 2. Nachweise zur älteren Rechtsprechung bei *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 8 f. und *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 21–29. Seit dem Jahr 2008 konstituiert § 1598a BGB einen Anspruch auf Einwilligung und Duldung einer Abstammungsuntersuchung, der bewusst keine

pflichtungsgrund zur Unterhaltszahlung ist durch den behaupteten Mehrverkehr schlüssig dargelegt, auf den Namen des angeblichen Vaters sowie Zeit und Ort des angebliche Verkehrs kommt es insoweit nicht an: Was mit Mehrverkehr gemeint ist, bedarf keiner weiteren Erklärung und die Umstände desselben sind keine Substantiierung, sondern bloßes Kolorit.¹⁷³ Vordergründig zielt der Beweisantrag bei Geratewohl-Behauptungen nicht auf die Ermittlung von Tatsachen, welche die Behauptung erst schlüssig machen;¹⁷⁴ ausgeforscht wird vielmehr die Beweisbarkeit der substantiierten, aber willkürlich aufgestellten Behauptung.¹⁷⁵ Daher kann man die Geratewohl-Behauptungen auch nicht mit einem pauschalen Verweis auf den Beibringungsgrundsatz abtun.¹⁷⁶ Gesucht ist eine Erklärung, weshalb substantiierte, aber willkürlich in den Prozess eingeführte Tatsachenbehauptungen unzulässig sein sollen.

B. Wahrheitspflicht und Ausforschungsverbot

Wenn die Partei Tatsachen behauptet, von denen sie kein sicheres Wissen hat, liegt die Frage nach einem möglichen Verstoß gegen die Wahrheitspflicht nahe. Nachdem im Jahr 1933¹⁷⁷ die Wahrheitspflicht erstmals in § 138 Abs. 1 ZPO positiviert¹⁷⁸ wurde, begann die Literatur sich zunehmend mit der Zulässigkeit von vermutungsweise Vorbringen auseinanderzusetzen. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Wegen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht können Geratewohl-Behauptungen nicht zurückgewiesen werden. Gleichwohl lohnt es sich, die Entwicklungsstufen dieser heute weithin anerkannten Erkenntnis nachzuzeichnen, weil dabei einige Grundannahmen im Diskurs um die Geratewohl-Behauptungen deutlich werden. Auch muss geprüft werden, ob Tatsachenbehauptungen,

Verdachtsmomente hinsichtlich der Abstammung voraussetzt, vgl. *Wellenhofer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, §2020, § 1598a BGB Rn. 9.

173 Zur Schlüssigkeit der Mehrverkehr-Behauptung vgl. *Dunz*, NJW 1956, 769, 772 und *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 14 f.

174 Vgl. *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 76, 89 Anm. 400.

175 Vgl. *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 31.

176 Vgl. *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 97.

177 Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933, RGBl. I, 780, gemeinhin als „Novelle 1933“ bezeichnet.

178 Die in der Literatur zum Teil bezweifelte Geltung der Wahrheitspflicht im Zivilprozess sollte durch die ausdrückliche Aufnahme im Gesetz klargestellt werden, vgl. die Begr. zur Novelle 1933, abgedruckt in RANZ Nr. 257 v. 2.11.1933, S. 1, 2.

die nicht wahrheitswidrig sind, überhaupt noch aus einem anderen Grund zurückgewiesen werden dürfen.

I. Wahrheitspflicht als Lügeverbot, Zulässigkeit von Vermutungen

Nach heute ganz herrschender Auffassung bedeutet die Wahrheitspflicht ein Lügeverbot.¹⁷⁹ Tatsächliche Erklärungen darf die Partei und ihr Prozessvertreter nicht wider besseren Wissens abgeben.¹⁸⁰ Der Maßstab ist subjektiv, d. h. es dürfen solche Tatsachen nicht behauptet werden, von deren Unrichtigkeit die Partei selbst überzeugt ist.¹⁸¹ Verlangt ist also nicht die objektive Wahrheit, sondern die subjektive Auffassung derselben, „Wahrhaftigkeit“.¹⁸² Neben dem subjektiven Maßstab ist der Gewissheitsgrad prägendes Merkmal der Wahrheitspflicht: Wahrheitswidrig sind nur solche Erklärungen, von deren Unrichtigkeit die Partei überzeugt ist; zulässig sind dagegen auch solche Tatsachenbehauptungen, die der Partei selbst zweifelhaft erscheinen.¹⁸³ Deshalb dürfen auch lediglich für möglich gehaltene Tatsachen behauptet werden, ohne dass die Partei von ihrer Richtigkeit überzeugt sein müsste.¹⁸⁴ Die Wahrheitspflicht beinhaltet daher allein das Verbot, tatsächliche Erklärungen entgegen der eigenen Überzeugung von deren Unrichtigkeit abzugeben.¹⁸⁵ Welche Konsequenzen sich aus diesem Lügeverbot für die Zulässigkeit von Geratewohl-Behauptungen ergeben, war nach Aufnahme der Wahrheitspflicht im Jahr 1933 ins Gesetz Gegenstand einer lebhaften Diskussion in der Literatur.

II. Die Novelle 1933 als Zäsur

Die Novelle 1933 ist Ausgangspunkt für eine eingehende Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit von Vermutungen, namentlich auch der Geratewohl-Behauptungen. Die Einzelfrage wird zugleich zum Kristallisationspunkt für eine veränderte Auffassung der Sachverhaltsermittlung und

179 Vgl. statt vieler *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

180 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

181 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

182 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

183 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

184 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

185 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

darüber hinaus des Zwecks des Zivilprozesses,¹⁸⁶ die sich in Abgrenzung zu einem formellen Gerechtigkeitsverständnis in stärkerem Maße der Durchsetzung einer materiellen Wahrheit verschrieben hat.¹⁸⁷ So stellt etwa *Jonas* im Jahr 1941 fest, vom Standpunkt des geltenden Rechts könnten zwar die Geratewohl-Behauptungen mit der Begründung abgelehnt werden, weder Zeugen noch der Gegner sei gehalten, der darlegungsbelasteten Partei Material zu ihrem Sieg zu verschaffen, über das sie nicht schon von selbst verfüge.¹⁸⁸ *Jonas* kritisiert, dieser ablehnenden Haltung liege gleichsam die verfehlte Vorstellung zu Grunde:¹⁸⁹

„Dem soll der Sieg zufallen, dem es gelingt, den Richter von sich aus zu überzeugen, nicht dem, von dessen Recht sich der Richter unter Ausnutzung aller ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen überzeugen wird.“

Jonas hingegen beabsichtigt eine „Freimachung der richterlichen Energie“: Der Richter soll dort aufklären, wo er es für erforderlich hält.¹⁹⁰ Damit ist die Kulisse umrissen, vor deren Hintergrund sich die Auseinandersetzung mit den Geratewohl-Behauptungen in den Jahrzehnten nach Einführung der Wahrheitspflicht abspielt.

1. Der Kampf um die Deutungshoheit nach Einführung der Wahrheitspflicht

Das Verständnis der Wahrheitspflicht als reines Lügeverbot, und die daraus folgende Zulässigkeit bloßer Vermutungen ist nach Positivierung der Wahrheitspflicht im Jahr 1933 durch die Literatur herausgearbeitet worden.¹⁹¹ *Rosenberg* hat das Lügeverbot in dreifacher Hinsicht zu begründen versucht:¹⁹² Zum einen erlaube es § 138 Abs. 4 ZPO der Partei, Behauptungen, deren Wahrheit sie nicht kennt, zu bestreiten; gleiches muss daher für

186 Vgl. auch *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 50.

187 Periodisierungsversuche mit entsprechenden Zuschreibungen bei *von Hippel*, Wahrheitspflicht, 1939, fortlaufend, insbesondere S. 161–228; 289–293, 317–333.

188 Vgl. *Jonas*, DR 1941, 1697, 1700.

189 *Jonas*, DR 1941, 1697, 1700.

190 Vgl. *Jonas*, DR 1941, 1697, 1700 f.

191 Namentlich *Rosenberg*, ZZP Bd. 58 (1934), 283, 288 f.; vgl. auch *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 20 m. w. N.

192 Vgl. *Rosenberg*, ZZP Bd. 58 (1934), 283, 288 f.

das Behaupten gelten. Außerdem zwingt das materielle Recht die darlegungsbelastete Partei zur Behauptung von Tatsachen, hinsichtlich derer sie kein sicheres Wissen hat – etwa die Ersparnisse des Bereicherungsschuldners – und vielleicht gar nicht haben kann (z. B. ob eine Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben worden wäre, vgl. § 119 Abs. 1 BGB). Schließlich sei ein Behaupten ohne sicheres Wissen nicht unredlich, und nur eine unredliche Erklärung wolle § 138 Abs. 1 ZPO, wie der Vorpruch zur Novelle erkennen lasse, treffen. *Rosenbergs* abschließende Bemerkung, über das Ergebnis bestehe Einverständnis,¹⁹³ ist heute noch treffender als damals und soll hier für die Annahme, dass § 138 Abs. 1 ZPO tatsächlich nur die Lüge verbietet, genügen.

Ausgehend von dem Verständnis der Wahrheitspflicht als Lügeverbot wurde in den Jahren nach 1933 zum Teil gefolgert, auch auf ganz allgemein gehaltene Behauptungen hin müsse sich die Gegenseite wahrheitsgemäß erklären.¹⁹⁴ So wurde für den Fall, dass die Kindesmutter etwa bei einer Klage auf Ersatz von Entbindungskosten selbst als Partei auftrat, verlangt, dass sie sich gegenüber der ohne weitere Anhaltspunkte aufgestellten Behauptung des Mehrverkehrs während der Empfängniszeit erklären müsse.¹⁹⁵ Darin enthalten, aber noch nicht klar herausgestellt ist der Gedanke, dass die Geratewohl-Behauptung, zu der sich die Gegenseite wahrheitsgemäß erklären soll, zulässig sein muss.

Die entgegengesetzte Richtung schien hingegen die Rechtsprechung einschlagen zu wollen: Die Einführung des § 138 Abs. 1 ZPO nahm sie bald zum Anlass, ihrem schon seit längerem gehegten Unbehagen gegen bloße Vermutungen folgend, diese nun als Verstoß gegen die Wahrheitspflicht abzuqualifizieren.¹⁹⁶ So meinte das Reichsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1936:¹⁹⁷

193 *Rosenberg*, ZZP Bd. 58 (1934), 283, 289.

194 So etwa *Sello*, JW 1934, 536 f.; vgl. auch *Glücklich*, Parteivernehmung, 1938, S. 60 m. w. N.

195 Vgl. *Sello*, JW 1934, 536 f.; ähnlich *Jonas*, DR 1941, 1697, 1700.

196 So *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 159–167, der hierin den Kampf einer konservativen Richterschaft gegen vermutungsweise Behauptungen als liberales Element des Zivilprozesses erkennt. Bald nach Einführung der Wahrheitspflicht sei dann auch das Eigeninteresse des Richters an der Vermeidung zeitraubender Beweisaufnahmen über unwahrscheinliche Behauptungen deutlich geworden.

197 RG, Urt. v. 29.2.1936 – I ZR 196/35, JW 1936, 2228 = NSW ZPO § 138 Nr. 11; ähnlich auch RAG, Urt. v. 11.11.1936 – 73/36, NSW ZPO § 138 Nr. 13: „Es widerspricht der Wahrheitspflicht der Partei, blindlings Behauptungen aufzustellen, ohne für ihre Richtigkeit irgendeinen beachtlichen Anhaltspunkt zu haben.“

„Ein Beweisantritt, der sich auf bloße Vermutungen stützt, ist mit dem Grundsatz des § 138 Abs. 1 ZPO nicht vereinbar, wonach die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben haben.“

Damit setzte die Rechtsprechung dem Aufklärungsinteresse der Partei mit der Wahrheitspflicht gleichsam einen „neuartigen Entrechtungsgrund“ entgegen,¹⁹⁸ dem sich die Literatur im Kampf um die Deutungshoheit zu stellen hatte.

2. Die reine Lehre: Zulässigkeit jeder Art von Vermutung

Vor diesem Hintergrund bot der durch die Rechtsprechung kasuistische gehandhabte Topos Ausforschungsbeweis einen geradezu idealen Gegenstand der Auseinandersetzung.¹⁹⁹ Vereinzelt folgte die Literatur der Rechtsprechung in der Annahme, dass die Wahrheitspflicht nicht auf ein Lügeverbot beschränkt sei und Geratewohl-Behauptungen ohne die erforderliche Überzeugung und daher unter Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO aufgestellt würden.²⁰⁰ Nicht ganz konsequent fielen Literaturansichten aus, die trotz Anerkennung der Wahrheitspflicht als reines Lügeverbot tatsächliche Anhaltspunkte für die Vermutung forderten, da ansonsten darauf geschlossen werden könne, dass die Partei selbst nicht an ihre Behauptungen glaube,²⁰¹ eine Auffassung, die später auch seitens des BGH lange Zeit Zuspruch erfahren hat.²⁰² Zwingend ist dieser Schluss keineswegs, denn auch wenn die Partei keine Anhaltspunkte für ihre Vermutung hat, ist nicht gesagt, dass sie dieselbe für unwahr hält²⁰³ – schließlich besteht ja die Möglichkeit, dass sie mit der Behauptung ins Blaue gleichsam einen Treffer ins Schwarze erzielt.²⁰⁴ Mit etwas zeitlichem Abstand zur Einführung der Wahrheitspflicht zog ein Teil der Literatur aus dem angenommenen Lügeverbot Konsequenzen: Wenn § 138 Abs. 1 ZPO nur die Lüge verbietet und

198 *von Hippel*, Wahrheitspflicht, 1939, S. 241 Anm. 41.

199 Vgl. etwa *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 7 und 19–24.

200 Vgl. *Knichel*, Ausforschungsbeweis, 1959, S. 79–81.

201 So etwa *Dunz*, NJW 1956, 769, 772; dazu *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 22 Anm. 106 m. w. N.

202 So etwa BGH, Urt. v. 14.3.1968 – II ZR 50/65, NJW 1968, 1233, 1234; dazu *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 88 m. w. N.

203 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 159.

204 Vgl. *Borck*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 32007, § 138 Rn. 60.

Vermutungen ohne sicheres Wissen zulässig sein sollen, dann können auch Tatsachenbehauptungen, die gleichsam „ins Blaue hinein“ oder „aufs Geratewohl“ aufgestellt werden, nicht gegen die Wahrheitspflicht verstoßen!²⁰⁵ Gewissermaßen als reine Lehre hat vor allem *Peters*²⁰⁶ diesen Gedanken geprägt: Nicht die Partei soll Anhaltspunkte für ihre Vermutung ermitteln, vielmehr soll das Gericht auch ohne solche Anhaltspunkte tätig werden.²⁰⁷ Damit schließt diese Lehre an die von *Jonas* geforderte Stärkung des Richters auf dem Gebiet der Sachaufklärung an,²⁰⁸ wobei dem Gedanken methodisch statt eines kruden „Über-das-Gesetz-Hinauswachsen“²⁰⁹ die Berufung auf § 138 Abs. 1 ZPO eine positive Grundlage im geltenden Recht verschaffen soll.

3. Begründungswechsel in der Rechtsprechung

Nachdem sich in der Literatur die Auffassung durchgesetzt hatte, dass § 138 Abs. 1 ZPO ein reines Lügeverbot bedeutet und vermutungsweise aufgestellte Behauptungen auch ohne sicheres Wissen zulässig sind, musste die Wahrheitspflicht schließlich auch seitens des BGH als Begründung des Ausforschungsverbots aufgegeben werden.²¹⁰ Jedoch beharrt die Rechtsprechung darauf, dass Vermutungen ohne greifbare Anhaltspunkte unzulässig sein sollen und hat sich auf die nicht näher ausgeführte Erwägung zurückgezogen, Geratewohl-Behauptungen seien *rechtsmissbräuchlich*.²¹¹ Bei diesem Stand ist es bis heute geblieben.

205 *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 19–24; *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 90–92; *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 76 f.; *Söllner*, Beweisantrag, 1972, S. 204. – A. A. *Esser*, Ausforschungsbeweis, 1969, S. 199 f.

206 Vgl. zu ihm auch *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 110 und *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 105.

207 *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 47.

208 Vgl. auch die Bezugnahme auf *Jonas* bei *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 47 Anm. 71.

209 So die Beobachtung *Jonas*, DR 1941, 1697, 1701: Die Rechtsprechung habe sich zum Teil, tastend zwischen „Gesetzestreue“ und „Über-das-Gesetz-Hinauswachsen“, schon diesem Standpunkt angenähert.

210 *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 36. – In der Rechtsprechung des BGH stellt auf einen vermuteten Wahrheitspflichtverstoß noch ab BGH, Urt. v. 30.1.1989 – II ZR 175/88, 2a, BeckRS 1989, 31066301.

211 *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 36. – Vgl. etwa BGH, Urt. v. 20.9.2002 – V ZR 170/01, II 2b) aa), NJW-RR 2003, 69, 70, dort auch mit Abgrenzung von rechtsmissbräuchlicher Geratewohl-Behauptung und Wahrheitspflichtverstoß.

C. Rechtsschutzbedürfnis und Geratewohl-Behauptungen

„Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozessverschleppung zu mißbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern.“²¹² (Aus der Vorrede zur Novelle 1933)

Ohne jegliche Anhaltspunkte aufgestellte Tatsachenbehauptungen erscheinen der ständigen Rechtsprechung²¹³ und mehrheitlichen Auffassung in der Literatur²¹⁴ als rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig. Die vor allem in der älteren Literatur vertretene Gegenansicht,²¹⁵ wonach Geratewohl-Behauptungen zulässig sein sollen, findet nur noch vereinzelt Anhänger.²¹⁶ Worin allerdings der seitens der herrschenden Ansicht angenommene Rechtsmissbrauch bestehen soll, wird in der Rechtsprechung gar nicht, in der Literatur nur vereinzelt²¹⁷ zu begründen versucht.

212 RGBl. I, 780.

213 BGH, Urt. v. 30.9.1964 – VIII ZR 302/62, 3, WM 1964, 1168, 1170; BGH, Urt. v. 14.3.1968 – II ZR 50/65, MDR 1968, 565 f.; BGH, Urt. v. 23.4.1991 – X ZR 77/89, LS 3, II 4b, NJW 1991.

214 Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, ¹⁶2019, § 284 Rn. 18; Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, Vor § 284 Rn. 8c; B/L/H/Anders, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 17, 21 und Vor § 284 Rn. 27; Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 4; von Selle, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 32; Wöstmann, in: Saenger, ZPO, ⁸2019, § 138 Rn. 4; vgl. auch Stürmer, Aufklärungspflicht, 1976, S. 106–127; ders., JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

215 Anhalt, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 106a; E. Peters, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 88, 102–104; Söllner, Beweisantrag, 1972, S. 205–207; Wieczorek, ZPO, ²1976, § 282 B II c 4; Blomeyer, Lehrbuch ²1985, S. 398 § 74 II 1.

216 So vor allem noch die von E. Peters begründete Kommentierung des § 138 ZPO im Münchener Kommentar, vgl. die Erstauflage 1992, Rn. 9. Die 5. Aufl. 2016 schließt mit der relativierenden Ergänzung, „wenn überhaupt“ seien tatsächliche Anhaltspunkte zurückhaltend einzufordern, vgl. dort Rn. 10 a. E.; Chudoba, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 95, 98, 159; Hackenberg, Nichtwissen, 1996, S. 81 f., 139–141; Balzer/Walther, Das Urteil, ³2018, S. 33 Rn. 30; Braun, ZPR, 2014, S. 751 § 47 III 2c.

217 So vor allem Stürmer, Aufklärungspflicht, 1976, S. 106–127.

I. Rechtsmissbrauch, Gebot zur redlichen Prozessführung,
Rechtsschutzbedürfnis

Rechtsmissbrauch, das Gebot zur redlichen Prozessführung und das Rechtsschutzbedürfnis sollen nachfolgend als mögliche Gründe für das Verbot von Geratewohl-Behauptungen untersucht werden. Unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Rechtsmissbrauchs kann noch zwischen unzulässiger Prozessverschleppung und institutionellem Missbrauch differenziert werden. Trennscharf sind diese Begründungsansätze nicht.²¹⁸ Man kann sie als ungeschriebene Schranken auffassen, die das Verfahren vor zweckentfremdenden, unredlichen, respektive nicht verfahrenszielkonformen Handlungen schützen sollen. Gegenüber diesen Argumentationstopoi besteht ein teils erhebliches Unbehagen, das sich aus der drohenden Beliebigkeit der vermeintlich schützenswerten Zwecke speist.²¹⁹ Eine grundsätzliche Berechtigung ist dieser im Kern teleologischen Betrachtung der Prozessordnung jedoch nicht schlechthin abzusprechen, will man nicht mit dieser Methode als Ganzes brechen.

Dass der Gesetzgeber diese Schranken wollte und dem Gesetzesanwender auch gleich die zu schützenden Zwecke vorgezeichnet hat, kann zudem der im Reichsgesetzblatt abgedruckten Vorrede zur Novelle 1933 entnommen werden: Sie verbietet Prozessverschleppung, gebietet eine nicht nur sorgfältige, sondern auch redliche Prozessführung und gibt dem Interesse der Allgemeinheit gegenüber dem Individualinteresse den Vorzug.²²⁰ Sie ist nicht bloß deklaratorische Ausschmückung, sondern enthält ausweislich der Entstehungsgeschichte Wertungen, die als konstitutive Solens-Sätze zu verstehen sind,²²¹ auch wenn der Text selbst zwischen Vorrede und „Gesetz“ eine sprachliche Trennung vornimmt.²²² Die Vorrede

218 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 115.

219 Vgl. *Paulus*, ZPR, 62017, S. 55 Rn. 137 und S. 130 Rn. 331.

220 So heißt es in der Vorrede, das Verfahren habe einen ebenso sicher wie schleunig wirkenden Rechtsschutz zu gewährleisten. Parteien und ihre Vertreter müssten sich bewusst sein, dass „die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient“, vgl. RGBl. I, 780 und RANZ Nr. 257 v. 2.11.1933, S. 1.

221 Wörtlich heißt es in der Begründung, „die leitenden Grundgedanken, von denen der Prozeß im neuen Reiche beherrscht sein soll“ würden „dem Gesetz in einigen leicht verständlichen Sätzen“ vorangestellt, RANZ Nr. 257 v. 2.11.1933, S. 1.

222 Vgl. den letzten Absatz der Vorrede: „Um die zur Erreichung dieser Ziele vorhandenen Mittel zu verstärken [...] hat die Reichsregierung das nachstehende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird“, RGBl. I, 780.

kann daher weder ihrem Inhalt nach als unverbindliche Absichtserklärung, noch ihrer Form nach als reine Privatarbeit behandelt werden.

Zweifel mögen allerdings dahingehend bestehen, ob der Gesetzgeber seine Ziele nicht bereits durch die nachfolgenden Einzelschriften abschließend konkretisiert haben könnte. Ein Teil der Lehre hält den Rückgriff auf das Gebot zur redlichen Prozessführung für ausgeschlossen, da § 138 Abs. 1 ZPO bereits die Konkretisierung dieses Gebots sei.²²³ Da die Wahrheitspflicht in § 138 Abs. 1 ZPO nur Erklärungen verbiete, von deren Unrichtigkeit die Partei überzeugt ist, sei das Verbot willkürlicher Erklärungen nicht aus dem Gebot zur redlichen Prozessführung herleitbar.²²⁴ So meint *Anhalt*:²²⁵ „Was man durch das Sieb des § 138 Abs. 1 ZPO in den Prozeß hineinfließen ließ, kann man nicht mit der Angel des § 242 BGB (analog) wieder herausfischen!“.

Überzeugend ist der vermeintlich abschließende Regelungscharakter der Novelle jedoch nicht. § 138 Abs. 1 ZPO beschränkt sich auf die Bestimmung, dass Tatsachen wahrheitsgemäß vorzutragen sind; dafür, dass die Wahrheitspflicht einzige Voraussetzung der Zulässigkeit des Tatsachenvortrags sein soll, ist nichts dargetan. Aus dem Fehlen eines ausdrücklichen Verbotes der Geratewohl-Behauptungen kann nicht der Schluss gezogen werden, dass die Wertungen der Vorrede sich in der Wahrheitspflicht erschöpften.²²⁶ *Brehm* weist darauf hin, dass die Vorrede zur Novelle 1933 nicht das Lügeverbot in den Vordergrund stellt, sondern in erster Linie der Rechtsschutz des Einzelnen von der im Allgemeininteresse stehenden Funktionsfähigkeit der Rechtspflege abhängig gemacht werden soll.²²⁷ Die

223 Vgl. *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 99 f.; *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 86.

224 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 100; *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 86.

225 Vgl. *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 100.

226 Weshalb der Gesetzgeber auch zu keinem späteren Zeitpunkt Veranlassung für eine solche Einzelschrift trotz der zwischenzeitlich entstandenen Kontroverse gesehen hat, legt eine Stelle des im Jahr 1977 veröffentlichten Berichts der Kommission für das Zivilprozeßrecht nahe: Die in den Jahren 1964 bis 1975 im Auftrag des Bundesjustizministeriums arbeitende Kommission riet von einer gesetzlichen Regelung des Ausforschungsverbotes ab, weil die Gerichte den Ausforschungsbeweis bereits durchgängig als unzulässig behandeln würden und ein gesetzliches Verbot die Vielgestaltigkeit der Fälle kaum erfassen könnte, vgl. Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, 1977, S. 126.

227 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 161 f.; vgl. auch die Begr. in RANZ Nr. 257 v. 2.11.1933, S. 1.

allgemeinen Zielbestimmungen der Vorrede sind daher nicht bereits durch die nachfolgenden Einzelschriften erfüllt.

1. Geratewohl-Behauptungen als missbräuchliche Prozessverschleppung

Willkürliche Behauptungen könnten ausschließlich dem Zweck dienen, das Gericht und den Gegner in eine zeitaufwendige Beweisaufnahme zu verwickeln und so eine ungünstige Entscheidung möglichst lange zu verzögern. Die Prozessverschleppung birgt für den Gegner nicht nur das Risiko einer zwischenzeitlichen Insolvenz seiner selbst, es bedroht ihn auch mit dem Insolvenzrisiko der Partei, welche die Verzögerung betreibt.²²⁸ Auch wenn sich das Risiko nicht verwirklicht: Der Gläubiger wartet jedenfalls länger auf seine Befriedigung, der Schuldner erhält einen Zahlungsaufschub.²²⁹ Für diese Motivlage wird sogar eine gewisse Häufigkeit vermutet.²³⁰ Willkürliche Behauptungen erscheinen zur Prozessverschleppung geeignet,²³¹ da die Partei phantasievoll aus einer großen Auswahl an abstrakt-möglichen und ihr günstigen Behauptungen schöpfen kann, sofern sie nicht von der Unrichtigkeit der Vermutung überzeugt ist. Ein solches Vorgehen ist nicht zu billigen. Wenn die Partei eine Beweisaufnahme nur zur Prozessverzögerung, und nicht zur Aufklärung über die Behauptung herbeiführen will, werden die prozessualen Befugnisse zweckentfremdet;²³² es handelt sich um einen Rechtsmissbrauch.²³³

Eine Zurückweisung von Geratewohl-Behauptung wegen rechtsmissbräuchlicher Prozessverschleppung erweist sich jedoch praktisch als nicht durchführbar: Das Verwerfliche an dem Aufstellen willkürlicher Behauptungen zur Prozessverschleppung ist das subjektive Element, die Absicht hierzu.²³⁴ Es gibt zahllose Beweisaufnahmen, die ohne Erfolg bleiben und objektiv zur Verzögerung des Prozesses führen, ohne dass daraus der Partei, welche die Beweisaufnahme herbeigeführt hat, ein Vorwurf zu machen wäre.²³⁵ Erst die Gesinnung zur Prozessverzögerung macht dieselbe ver-

228 Chudoba, *Ausforschungsbeweis*, 1993, S. 157.

229 Brehm, *Bindung des Richters*, 1982, S. 115.

230 Brehm, *Bindung des Richters*, 1982, S. 115.

231 Chudoba, *Ausforschungsbeweis*, 1993, S. 157.

232 Brehm, *Bindung des Richters*, 1982, S. 115.

233 Brehm, *Bindung des Richters*, 1982, S. 115; Chudoba, *Ausforschungsbeweis*, 1993, S. 157.

234 Knichel, *Ausforschungsbeweis*, 1959, S. 54 f.

235 Chudoba, *Ausforschungsbeweis*, 1993, S. 157.

werflich. Ein dahingehender Vorsatz wird sich aber regelmäßig nicht feststellen lassen, wenn nicht auf vage Gesichtspunkte wie etwa das (außer-)prozessuale Gesamtverhalten der Partei abgestellt werden soll. Allein der Umstand, dass eine Behauptung ohne konkrete Anhaltspunkte aufgestellt wird, bietet kein aussagekräftiges Indiz für eine Prozessverschleppungsabsicht: In diesem Fall kann es nämlich ebenso gut sein, dass die Partei hofft, die gleichsam ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung werde sich als wahr erweisen, ihr also nicht (nur) an der Verzögerung des Prozesses gelegen ist. Eine Prozessverschleppungsabsicht mag zwar Teil des Motivbündels sein; von der Hoffnung, auf gut Glück ein günstiges Ergebnis in der Beweisaufnahme herbeizuführen, lässt sich dieses Motiv aber äußerlich nicht unterscheiden. Mangels Erkennbarkeit der Prozessverschleppungsabsicht bei Geratewohl-Behauptungen scheidet dieselbe nach richtiger Ansicht als Begründung für das Verbot von willkürlichen Behauptungen aus.²³⁶

2. Geratewohl-Behauptungen als Verstoß gegen das Gebot der redlichen Prozessführung

Dem Gebot zur redlichen Prozessführung könnte es entsprechen, nur solche Tatsachenbehauptungen in den Prozess einzuführen und unter Beweis zu stellen, für deren Richtigkeit es einen konkreten tatsächlichen Anhaltspunkt gibt. Das OLG Freiburg etwa sah in einer frühen Entscheidung Geratewohl-Behauptungen als Verstoß gegen Treu und Glauben an.²³⁷ Allerdings will sich die Unredlichkeit einer Geratewohl-Behauptung nicht recht erschließen, wenn man sich wiederum vor Augen hält, dass der Partei durchaus daran gelegen sein kann, mit ihrem Schuss ins Blaue gleichsam einen Treffer ins Schwarze zu erzielen.²³⁸ Ein auf Treu und Glauben gestütztes Unwerturteil rechtfertigt ein solches Verhalten kaum.

236 Ähnlich *Knichel*, Ausforschungsbeweis, 1959, S. 55; *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 93; *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 157. – A. A. *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 37, 41 f.; *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 115 f.

237 OLG Freiburg, Beschl. v. 7.4.1952 – 2 W 9/52, JZ 1953, 229, 230; vgl. auch *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 24 m. w. N.

238 Ebenso *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 24.

3. Geratewohl-Behauptungen als institutioneller Rechtsmissbrauch

Stürner meint, Geratewohl-Behauptungen würden einen institutionellen Rechtsmissbrauch darstellen, weil der soziale Zweck des Zivilprozesses bei Behauptungen ohne jeden vernünftigen Grund verfehlt würde.²³⁹ Sicherlich ist es richtig, die Frage nach der Verfahrenszielkonformität zu stellen; wenn im Folgenden der gleiche Gedanke als eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses aufgefasst wird,²⁴⁰ dann nur, weil Rechtsmissbrauch impliziert, dass damit missbilligenswerte Zwecke verfolgt werden. Eine dahingehende Absicht ist aber bei den Geratewohl-Behauptungen, wie bereits zum Motiv der Prozessverschleppungsabsicht und einem etwaigen Verstoß gegen das Gebot redlicher Prozessführung dargelegt, nicht zwangsläufig gegeben: Die Partei kann durchaus die Hoffnung haben, dass der Gegner die aufs Geratewohl aufgestellte Behauptung zugesteht oder sie sich in der Beweisaufnahme als wahr erweist. Das Rechtsschutzbedürfnis ist insofern neutraler. Von einem Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses kann man auch sprechen, wenn schlicht keine Notwendigkeit besteht, Rechtsschutz zu gewähren, mit Blick auf die Geratewohl-Behauptungen etwa deshalb, weil die Hoffnung, mit der spekulativen Behauptung richtig zu liegen, nicht schutzwürdig erscheint. Im Übrigen sind die Argumentationslinien von Rechtsschutzbedürfnis und Rechtsmissbrauch weitgehend deckungsgleich.²⁴¹

4. Geratewohl-Behauptungen als eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses

Das Reichsgericht hat, als es die Geratewohl-Behauptungen für einen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO erklärte, unter Verweis auf die Vorrede zur Novelle 1933 ausgeführt, diese Vorschrift beruhe auf dem Gedanken, dass dem Anrecht auf Rechtsschutz eine Pflicht zur redlichen Prozessführung entspreche.²⁴² Es war *Schönke*, der diesen Gedanken von der Wahrheitspflicht löste und zum Teil seiner problemübergreifenden Lehre vom

239 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 113 f.

240 Auch *Stürner* nimmt auf das Rechtsschutzbedürfnis Bezug, vgl. Aufklärungspflicht, 1976, S. 116.

241 So auch *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 115; *ders.*, 50 Jahre BGH, Bd. III, 2000, S. 91 f.

242 Vgl. RG, Urt. v. 29.2.1936 – I ZR 196/35, JW 1936, 2228 = NSW ZPO § 138 Nr. 11.

Rechtsschutzbedürfnis machte.²⁴³ Letzteres ist nicht bloß Sachurteils-voraussetzung, sondern Voraussetzung für die Zulässigkeit aller Prozess-handlungen.²⁴⁴ Für jede Handlung während des Prozesses, nicht nur bei der Klageerhebung, muss das Rechtsschutzbedürfnis gegeben sein.²⁴⁵ Es schränkt den Rechtsschutz auf verfahrenszielkonforme Ziele ein,²⁴⁶ die als Bewährung des Rechts und Wahrung des Rechtsfriedens verstanden werden.²⁴⁷ Fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, ist die Prozesshandlung unzulässig.²⁴⁸ Den Geratewohl-Behauptungen spricht *Schönke* das Rechtsschutzbe-dürfnis ab: Es wäre eine nicht gerechtfertigte Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen, wenn die Gerichte verpflichtet wären, bloßen Vermutungen nachzugehen.²⁴⁹ Dem Zahlvater etwa, der trotz „einigermaßen sicherer Feststellungen“ seine Nichtvaterschaft behauptet, fehle für eine Ausfor-schung der Kindesmutter das Rechtsschutzbedürfnis.²⁵⁰

II. Gibt es ein Rechtsschutzbedürfnis für willkürliche Tatsachenbehauptungen?

Auch die Gegenansicht, die Geratewohl-Behauptungen für zulässig hält, fragt nach dem Rechtsschutzbedürfnis, so etwa – die Antwort schon in sich tragend – *von Hippel*, wiederum auf die Vorrede zur Novelle 1933 be-zugnehmend:²⁵¹

„Aber wie steht es denn eigentlich mit ‚dem Rechtsschutz, auf den je-der Anrecht hat‘? Hat nicht auch der Kläger auf solchen Rechtsschutz Anrecht und besteht für ihn vorliegend der angemessene Rechtsschutz

243 Vgl. *Schönke*, ZPR, ¹1938, S. 6 § 2 III 1a. – Vgl. zu ihm auch *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 30 f. und 162; *ders.*, 50 Jahre BGH, Bd. III, 2000, S. 89, 91 f.

244 *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 14 f; *ders.*, in: Stein/Jonas, ZPO, ¹⁸1953, Einl. D I.

245 *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 13.

246 *Schönke*, in: Stein/Jonas, ZPO, ¹⁸1953, Einl. D III; vgl. auch *Pohle*, in: FS Lent, 1957, S. 195, 204.

247 Vgl. *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 11, 13, 33.

248 *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 14.

249 Vgl. *Schönke*, ZPR, ¹1938, S. 6 § 2 III 1a.

250 *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 34.

251 *von Hippel*, Wahrheitspflicht, 1939, S. 241 Anm. 41 unter Bezug auf RG JW 1936, 2228 und die dort zitierte Stelle zum Rechtsschutz in dem Vorspruch der Novelle 1933; Hervorhebung im Original.

nicht eben darin, daß man gewisse, ihm nicht hinreichend bekannte Verhältnisse erforsche und *aufkläre*?“

So selbstverständlich, wie *von Hippel* glauben machen will, ist das nicht: Der Ansicht, die auf tatsächliche Anhaltspunkte verzichten will, liegt implizit die Vorstellung zu Grunde, dass die außerhalb des Geschehens stehende Partei den Rechtsstreit nur mangels Zugangs zur Information zu verlieren droht und ihr daher geholfen werden muss. Richtigerweise wird man das Fehlen von jeglichen Anhaltspunkten wohl eher als Indiz²⁵² werten können, dass das rechtliche Begehren einer tatsächlichen Grundlage entbehrt. Voreingenommenheit für den vermeintlich Benachteiligten verleitet die Gegenansicht dazu, die Folgen der gewünschten extensiven Aufklärung gar nicht erst in den Blick zu nehmen. Dabei sind die praktischen Konsequenzen eines Verzichts auf konkrete Anhaltspunkte kaum zu überblicken: Die Verkündung eines Urteils könnte „auf gut Glück“ mit der Behauptung angegriffen werden, das Verkündungsprotokoll sei möglicherweise gefälscht.²⁵³ Auf Verdacht ließen sich zahllose Produkte hinsichtlich ihrer möglicherweise gesundheitsschädlichen Wirkung überprüfen.²⁵⁴ Der Schädiger könnte die Vermutung aufstellen, das durch ihn zu Tode gekommene Opfer sei todkrank gewesen und wäre ohnehin binnen kürzester Zeit verschieden; Beweis: Sachverständigengutachten nach Exhumierung der Leiche; Anhaltspunkte: Keine.²⁵⁵ Damit würde der voraussetzungslosen Sachverhaltsermittlung gleichsam Tür und Tor geöffnet,²⁵⁶ weil jede Behauptung, deren Gegenteil nicht feststeht, abstrakt möglich und daher zulässig wäre.

Die Kritiker des Verbots von Geratewohl-Behauptungen beschränken sich darauf, die dem teleologischen Argument immanente Offenheit des Rechtsmissbrauchs respektive des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses an-

252 *J. Lang*, Aufklärungspflicht, 1999, S. 21; vgl. auch *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117, der weitergehend meint, es spräche in diesen Fällen eine hohe Wahrscheinlichkeit gegen das Rechtsschutzziel.

253 Das eine solche Vermutung bei konkreten Anhaltspunkten zulässig ist, zeigt BGH, Beschl. v. 26.5.2010 – XII ZB 205/08, II 2c, FamRZ 2010, 1326.

254 Zu den konkreten Anhaltspunkten, auf die etwa der Verdacht der Gesundheitsschädlichkeit eines Holzschutzmittels gestützt werden kann vgl. BGH, Urt. v. 10.1.1995 – VI ZR 31/94, II 1, NJW 1995, 1160, 1161.

255 Anders, wenn sich aus der Krankengeschichte hierfür Anhaltspunkte ergeben, vgl. auch *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 122 f.

256 Ähnlich *Stürner*, JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

zugreifen²⁵⁷ – dabei ist die Gegenansicht, wie schon die vorangestellte Suggestivfrage von *Hippels* zeigt,²⁵⁸ selbst im Kern durch und durch teleologischer Natur. Der Verzicht auf jegliche Anhaltspunkte zur Wahrheitsermittlung ist ebenso zweckgeleitet wie die Forderung nach denselben: Dort der Wunsch nach einer möglichst weitgehenden Wahrheitsfindung als Prozessziel, hier die Besorgnis vor einer entgrenzten Wahrheitsermittlung um jeden Preis.²⁵⁹ Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht etwa der Zynismus *Peters*, wenn die Partei keine Kenntnis der ihr günstigen Tatsachen habe, könne sich immerhin ein vermögender Beweisführer durch einen Privatdetektiv tatsächliche Anhaltspunkte ermitteln lassen!²⁶⁰ Der Umkehrschluss lautet wohl: Aus Gründen der sozialen Gerechtigkeit soll der Richter als amtlich bestellter Ermittler den Sachverhalt erstmals erforschen – auf Kosten der Staatskasse, respektive der Allgemeinheit.

Den eigentlichen Offenbarungseid leistet jedoch *Pohle*: Der Prozess habe nicht nur die Aufgabe, Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, sondern ebenso die, „Rechtsungewissheit“ zu beseitigen.²⁶¹ Jeder solle die Möglichkeit haben, eine bindende Feststellung der Rechtslage zu erhalten.²⁶² Diesem Verständnis des Prozesszwecks folgend müsse auch bei „noch so schwachen Zweifeln an der Rechtslage“ eine gerichtliche Entscheidung möglich sein,²⁶³ z. B. auch hinsichtlich der bestrittenen *Vaterschaft*.²⁶⁴

In der Tat ist es Aufgabe des Gerichts, einem Sachverhalt, über den unterschiedliche Rechtsauffassungen bestehen, eine verbindliche Beurteilung zukommen zulassen. Das von *Pohle* angeführte Beispiel der bestrittenen *Vaterschaft* zeigt allerdings, dass es ihm in Wahrheit um die Ermittlung einer ungewissen *Sachlage* geht, die anschließend rechtlich bewertet werden soll, und die Kritik hieran ist, das „noch so schwache Zweifel“ an einer

257 Vgl. etwa *E. Peters*, in: Münchener Kommentar, ZPO, ¹1992, § 138 Rn. 9: Der Rechtsmissbrauch ist ein „beliebig dehnbarer Begriff“; ablehnend zum weiten Verständnis des Rechtsschutzbedürfnisses *Pohle*, in: Stein/Jonas, ¹⁹1972, Vor § 128 XI 3h): Ein unbestimmter Begriff, der eine unerträgliche Unsicherheit ins Prozessgeschehen bringen würde.

258 Vgl. zu dem Doppelstandard von *Hippels*, der eine Argumentation mit dem Prozesszweck ablehnt, selbst jedoch mehr oder weniger offen seinen Überlegungen einen eigenen Prozesszweck zu Grunde legt auch schon *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 30 Anm. 4.

259 Vgl. dazu *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 50.

260 Vgl. *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 47.

261 Vgl. *Pohle*, in: FS Lent, 1957, S. 195, 203 und 219.

262 *Pohle*, in: FS Lent, 1957, S. 195, 203.

263 *Pohle*, in: FS Lent, 1957, S. 195, 203.

264 *Pohle*, in: FS Lent, 1957, S. 195, 219.

Sachlage kein Rechtsschutzbedürfnis begründen. Dass die Ermittlung von ungewissen, lediglich abstrakt-möglichen Sachverhalten auf einen dunklen Verdacht hin dem Rechtsfrieden dient oder dem Streben nach Gerechtigkeit um ihrer selbst willen geschuldet wäre, erscheint nicht gerade naheliegend. *Stürner* bringt es auf den Punkt:²⁶⁵ „Wer keinen nachvollziehbaren Grund hat, für sich ein Recht oder einen Einwand anzunehmen, soll Gerichte und Mitbürger nicht behelligen.“

Ob dort aufgeklärt werden soll, wo aufgeklärt werden kann, oder ob es nicht Aufgabe des Zivilprozesses ist, Bewährung des Rechts zu sein, statt durch Vorermittlungen erst die tatsächliche Grundlage für einen Rechtsstreit zu bereiten, ist letztlich eine Frage der Überzeugung. Die Beantwortung dieser Frage steht jedoch nicht im Belieben des Betrachters, sondern ist dem Gesetzgeber vorbehalten. In Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, welcher der Gesetzgeber im Rahmen der Novelle 1933 gegenüber dem Individualrechtsschutz den Vorrang eingeräumt hat, kann es eine zeitraubende unbeschränkte Aufklärung von anhaltslosen Geratewohl-Behauptungen nicht geben. Daran vermögen auch die Zeitumstände, unter denen diese Wertung getroffen wurde, nichts zu ändern.²⁶⁶

III. „Behaupten mit Nichtwissen“ gem. § 138 Abs. 4 ZPO

Einige Literaturstimmen, welche der Zulässigkeit von Geratewohl-Behauptungen das Wort reden, glauben allerdings ihrer Auffassung mit § 138 Abs. 4 ZPO eine Stütze im Gesetz bereiten zu können. Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über solche Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind. Daraus folgern nun manche, dem Gedanken des § 138 Abs. 4 ZPO nach seien auch *Behauptungen* ohne entsprechendes Wis-

265 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

266 Die Vorrede und mehr noch die Gesetzesbegründung zur Novelle atmen unbestreitbar den Zeitgeist des Jahres 1933; Spezifisch nationalsozialistisch ist indes weder die Figur des Rechtsschutzbedürfnisses (vgl. auch *Brehm*, in: 50 Jahre BGH, Bd. III, 2000, S. 89, 92), noch ist es die stärkere Betonung des Allgemeininteresses an einer funktionierenden Rechtspflege gegenüber dem Einzelinteresse an einer rein spekulativen Aufklärung (zur Billigung des Ausforschungsverbotes durch das Bundesverfassungsgericht vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 30.07.1996 – 1 BvR 634/94, III 2, ZIP 1996, 1761, 1762; v. 10.2.2009 – 1 BvR 1232/07, III 2b, NJW 2009, 1585, 1586; v. 24.01.2012 – 1 BvR 1819/10, IV 1, BeckRS 2012, 6218).

sen zulässig.²⁶⁷ Die darlegungsbelastete Partei, welche kein Wissen habe, um ihre Behauptungen zu begründen, stünde jedenfalls wertungsmäßig der Partei gleich, die sich mit einer Erklärung nach § 138 Abs. 4 ZPO verteidigen kann.²⁶⁸ Am weitesten geht die Ansicht *Hackenberg*: Der neutrale Wortlaut des § 138 Abs. 4 ZPO („Erklärung“) lasse es zu, darunter sowohl ein Bestreiten, als auch ein Behaupten zu fassen.²⁶⁹ Diese Ansicht läuft auf ein „Behaupten mit Nichtwissen“²⁷⁰ hinaus. Bereits eine genauere Wortlautdeutung lässt ein solches „Behaupten mit Nichtwissen“ jedoch fraglich erscheinen, denn die Partei soll sich nach dem Gesetz „über Tatsachen“ erklären, was eine vorangehende Tatsachenbehauptung nahelegt;²⁷¹ dafür spricht auch die systematische Stellung des Abs. 4.²⁷² Auch eine analoge Anwendung des § 138 Abs. 4 ZPO käme daher nicht in Betracht. Ein Blick auf die Normgeschichte beseitigt letzte Zweifel:

„Thatsachen, welche nicht eigene Handlungen der Partei oder nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmungen gewesen sind, kann sie mit Nichtwissen beantworten, so daß dieselben in diesem Falle als bestritten angesehen werden müssen“,

heißt es in der Begründung des CPO-Entwurfs der Sachverständigenkommission.²⁷³ Für eine Deutung als „Behaupten mit Nichtwissen“ findet sich daher in der Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 4 ZPO keine Stütze.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass ein Rechtsschutzbedürfnis für Geratewohl-Behauptungen nicht besteht. Der Regelungsabsicht der Novelle 1933 kann nicht entnommen werden, dass die Positivierung des Lüge-

267 Vgl. *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 139–141, 146 f., ähnlich auch schon *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 100 f.; *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 116; *E. Schmidt*, in: AK-ZPO, 1987, § 138 Rn. 29; *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 94.

268 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 100 f.; *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 140.

269 *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 140. – Auch bei *Hackenberg* soll es zwar eine Plausibilitätskontrolle geben, vgl. S. 140 f. Gemeint ist damit jedoch, dass die darlegungsbelastete Partei ihre eigene Unkenntnis (!) plausibel machen soll, vgl. dort S. 146 und *Ambts*, Nichtwissen, 1997, S. 78.

270 So die ablehnende Charakterisierung durch *Ambts*, Nichtwissen, 1997, S. 77; *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 101 spricht von einer „Behauptung aufgrund Nichtwissens“, *Hackenberg* selbst will eine „offene Erklärung mit Nichtwissen“, vgl. dort S. 140.

271 Vgl. *Morhard*, Informationspflicht, 1993, S. 67.

272 *Beckhaus*, Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 344.

273 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 214.

verbotes im Umkehrschluss bedeutet, über alle abstrakt-möglichen Vermutungen, von deren Unwahrheit die Partei nicht überzeugt ist, sei auch Beweis zu erheben. Aus den Wertungen des Gesetzgebers ist vielmehr zu schließen, dass eine unbeschränkte Aufklärung auf Kosten der Funktionsfähigkeit des Verfahrens nicht gewollt ist.

D. Tatsächliche Anhaltspunkte zur Missbrauchskontrolle

Werden Tatsachen behauptet, für deren Richtigkeit nichts außer der abstrakten Möglichkeit derselben spricht, handelt es sich um willkürlichen Vortrag, welcher nach der Rechtsprechung rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig ist. Zur Missbrauchskontrolle sollen tatsächliche Anhaltspunkte für die Erklärung erforderlich sein. Der BGH bedient sich folgender Formulierung:²⁷⁴ Grundsätzlich sei die Partei nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse hat, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält. Eine Beweiserhebung dürfe nur dann unterbleiben, wenn der Beweisführer ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstelle. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne sei jedoch Zurückhaltung geboten. In der Regel könne auf sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte geschlossen werden.

I. Wahrscheinlichkeit und Rechtsschutzbedürfnis

Etwas missverständlich mag die Bezugnahme auf die Wahrscheinlichkeit der Behauptung erscheinen,²⁷⁵ denn der Grad der Wahrscheinlichkeit soll ja für die Erheblichkeit des Tatsachenvortrags ohne Bedeutung sein.²⁷⁶ Das Erfordernis der tatsächlichen Anhaltspunkte korreliert zwar mit einem niedrigen Grad an Wahrscheinlichkeit, speist sich aber maßgeblich aus dem Werturteil, das grundlos Aufklärung nicht verlangt werden soll; das bringt die Formulierung, Willkür sei in der Regel nur bei Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte anzunehmen, mehr oder minder treffend zum Ausdruck.

²⁷⁴ So etwa BGH, Urt. v. 26.4.2018 – VII ZR 139/17, II 3c; NJW 2019, 76, 78.

²⁷⁵ *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 118.

²⁷⁶ Vgl. nur BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, II 1d), NJW 1984, 2888, 2889.

Zur Veranschaulichung kann die Entscheidung BGH NJW 1989, 2947 herangezogen werden.²⁷⁷ Dort hatte eine Veterinärmedizinstudentin, die an einem seltenen Virus erkrankt war, behauptet, sich durch die Berührung eines angeblich unbeaufsichtigt auf dem Campus der Hochschule herumlaufenden Hundewelpen infiziert zu haben.²⁷⁸ Das Virus wird durch Tierkontakt übertragen und ist im Freien nur begrenzt lebensfähig.²⁷⁹ Die Studentin vermutete, dass an der Hochschule mit diesem Virus experimentiert worden sei und gründete darauf den Vorwurf einer Verkehrssicherungspflichtverletzung.²⁸⁰ Dem auf Beiziehung der Forschungsunterlagen gerichteten Beweisantrag wollte das Berufungsgericht nicht stattgeben.²⁸¹ Zu Unrecht, wie der BGH entschied.²⁸² Es handle sich nicht um einen Rechtsmissbrauch, da die Klägerin angesichts der behaupteten Anhaltspunkte „verständlicherweise den nicht ganz hergeholten Verdacht haben kann, sie habe sich in der Tierärztlichen Hochschule mit diesem Virus infiziert.“ Dass ein Professor der Hochschule Experimente mit dem fraglichen Virus in seiner Zeugenaussage ausgeschlossen habe, hindere die Klägerin nicht daran, eine vollständige Aufklärung des Sachverhalts zu verlangen.²⁸³

In der Entscheidung wird deutlich, dass es weder darauf ankommt, ob die Beweisbarkeit der Vermutung den Umständen nach wenig wahrscheinlich erscheint, noch wie glaubhaft die behaupteten Anhaltspunkte – hier in Form des unbeaufsichtigten Welpen auf dem Hochschulgelände – sind: Entscheidend ist allein, ob die Vermutung bei Wahrunterstellung der Anhaltspunkte verständlich und in diesem Sinn plausibel ist. In Abgrenzung dazu kann man sich den Fall des Zahlvaters vor Augen führen, der ohne jegliche Anhaltspunkte die Einrede des Mehrverkehrs erhebt, und mit dieser an sich schlüssigen, möglicherweise auch zutreffenden, jedoch rein spekulativen Tatsachenbehauptung keines Rechtsschutzes bedarf.

277 Vgl. dazu auch *Schlosser*, JZ 1991, 599, 605 (Anm. zu BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89).

278 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, NJW 1989, 2947.

279 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, II 2, NJW 1989, 2947.

280 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, NJW 1989, 2947.

281 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, II 3, NJW 1989, 2947.

282 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, II 3, NJW 1989, 2947 f.

283 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, II 3, NJW 1989, 2947 f.

II. Konkrete Anhaltspunkte auf Grund von Wahrnehmungen

Die konkreten Anhaltspunkte dürfen sich ihrerseits nicht auf bloße Spekulation beschränken, sondern es muss sich um eine Wissensmitteilung handeln, die auf entsprechenden Wahrnehmungen der Partei beruht. Im Fall der Veterinärmedizinstudentin genügte das Zusammenspiel der Seltenheit des Virus und des möglichen Virusüberträgers in Gestalt des Welpen, um die Vermutung von Experimenten seitens der Hochschule als nicht ganz unbegründet erscheinen zu lassen. War die Partei selbst nicht unmittelbar am Geschehen beteiligt, muss sie tatsächliche Anhaltspunkte in Form von ihr mitgeteilten Wahrnehmungen Dritter behaupten.²⁸⁴ Auch der Dritte muss konkrete Anhaltspunkte für die fragliche Behauptung haben, was sich insbesondere aus eigenen Wahrnehmungen ergeben kann. Eine haltlose Spekulation wird nicht dadurch zum konkreten Anhaltspunkt, dass die Partei sie aus zweiter oder dritter Hand erfährt.²⁸⁵ Als Anhaltspunkt für die Vermutung können bei einem entsprechenden Sachverhalt auch Erfahrungssätze herangezogen werden.²⁸⁶

Ein Ausforschungsbeweis in Form von Geratewohl-Behauptungen kommt demnach nicht in Betracht, wenn die Partei aus eigenem Wissen zu einem Geschehen vorträgt, an dem sie selbst beteiligt war.²⁸⁷ Werden etwa Zusicherungen mit einem bestimmten Inhalt anlässlich von Vertragsverhandlungen behauptet, an denen die Partei selbst beteiligt gewesen sein will, scheidet der Vorwurf einer Geratewohl-Behauptung zum Inhalt der angeblichen Zusicherung bereits von vornherein aus.²⁸⁸ Die Annahme einer Geratewohl-Behauptung kommt daher auch nicht in Betracht, wenn die Partei ihr Wissen von Dritten erlangt haben will, die am Geschehen beteiligt gewesen sein sollen.²⁸⁹ Hat das Gericht Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Behauptung, weil es etwa an einer Schilderung der Begleitumstände fehlt, berechtigt das nicht zu einer vorweggenommenen Beweiswürdigung.

284 BGH, Urt. v. 8.5.2002 – I ZR 28/00, II 2b, NJW-RR 2002, 1433 1435; Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 284 Rn. 8c; Brögelmann, JR 2005, 309, 313.

285 Vgl. BGH, Urt. v. 16.12.1980 – VI ZR 308/79 B II 2b) bb), NJW 1981, 2062, 2064: Zweifel an der Authentizität eines Tagebuchs können nicht allein damit begründet werden, dass Dritte ebenfalls Zweifel geäußert haben.

286 Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 124 m. w. N.

287 BGH, Urt. v. 21.6.2018 – IX ZR 129/17, II 2c; NJW-RR 2018, 1150, 1152.

288 Vgl. auch BGH, Urt. v. 26.5.1999 – VIII ZR 123/98 II 4c, NJW-RR 1999, 1481 1484.

289 Vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1998 – VIII ZR 345/97, II 2c, NJW-RR 1999, 360.

III. Kritik an der Plausibilitätskontrolle im Sinne *Stürners*

Zu einem anderen Ergebnis kommt letztlich *Stürner*: Er versichert zwar, dass die von ihm vorgeschlagene Plausibilitätskontrolle nicht im Entferntesten das Gericht von der Wahrheit der Behauptung überzeugen soll,²⁹⁰ sondern es darum gehe, dass die Partei den Grund ihrer Streitlust plausibel macht.²⁹¹ *Stürner* wird aber seinem eigenen Ansatz untreu, wenn er meint, auch wer aus eigener Wahrnehmung vortrage, schulde Angaben zu Ort, Zeit und Umständen.²⁹² Das hat mit der Unzulässigkeit von aufs Geratewohl behaupteten, abstrakt-denkbaren Möglichkeiten nichts mehr zu tun; vielmehr soll damit der Gefahr einer bewusst erlogenen Behauptung Vorbeuge geleistet werden.²⁹³ Die Entscheidung BGH WM 1962, 719 etwa hält *Stürner* für zu großzügig, weil dort die Partei sich jener Angaben, die ihr bei Beteiligung an dem behauptetem Geschehen eigentlich möglich sein müssten, enthielt.²⁹⁴ Solche „Lücken“ könnten nur durch Zeitablauf oder hohes Alter gerechtfertigt werden.²⁹⁵ Damit gibt sich auch die Plausibilitätskontrolle im Sinne *Stürners* im Ergebnis als eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung zu erkennen, die ihre Überzeugung von der Unerweislichkeit nicht unter der Ausschöpfung prozessualer Erkenntnismöglichkeiten gewinnt, sondern dem Richter zur Abkürzung des Verfahrens eine entsprechende Prognose an Hand seines Erfahrungswissens zutraut.²⁹⁶

Stürner meint indessen, mit seinen Überlegungen nicht in Widerspruch zu § 286 ZPO zu stehen, weil Voraussetzung der Wahrheitserforschung bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Behauptung sei.²⁹⁷ Das folge aus der im Rahmen eines Versäumnisurteils nach § 331 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 ZPO gebotenen Schlüssigkeitsprüfung.²⁹⁸ Ein anderer Zweck als ein Wahrscheinlich-Machen der Behauptungen sei im Rahmen des § 331 ZPO schlechterdings nicht denkbar.²⁹⁹

Der Wahrscheinlichkeitsbegriff ist in diesem Zusammenhang zumindest missverständlich, denn dass ein tatsächliches Geschehen schlüssig be-

290 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 123.

291 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

292 Vgl. aber *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 127.

293 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 126.

294 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 127.

295 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 127 Anm. 119.

296 Vgl. auch schon *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 131.

297 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

298 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

299 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

hauptet wird, erlaubt angesichts der Möglichkeit einer Lüge oder doch zumindest unzutreffenden Wahrnehmung der Partei offenkundig keinen positiven Schluss auf die Wahrheit, geschweige denn die Beweisbarkeit der Behauptung.³⁰⁰ Die Überlegung *Stürners* zum „Wahrscheinlichkeitsprinzip“³⁰¹ hat wohl im Kern auch eine andere Zielrichtung:³⁰² Ist die darlegungsbelastete Partei bereits nicht einmal in der Lage, ihr Begehren schlüssig vorzutragen, erlaubt die ZPO ausweislich des § 331 Abs. 2 2. HS ZPO die Folgerung, dass anspruchsbegründende Tatsachen nicht vorhanden sind und behandelt letztere in diesem Sinn als *unwahrscheinlich*. Allerdings macht § 331 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 ZPO die Säumnisfolgen unstreitig nur vom Vorhandensein eines schlüssigen Tatsachenvorbringens abhängig – wie aus einem so verstandenen Wahrscheinlichkeitsprinzip eine „Plausibilitätskontrolle“ mit dem Erfordernis zusätzlicher, schlüssigkeitsfremder Modalitäten transzendieren soll, bleibt auch bei *Stürner* offen.³⁰³ Eine Stütze im Gesetz hat die über das Verbot von Geratewohl-Behauptungen hinausgehende Plausibilitätskontrolle mithin nicht.

IV. Praktische Bedenken gegen das Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte

Als bloßes Addendum soll abschließend auf einige praktische Bedenken gegen das Erfordernis tatsächlicher, als wahr zu unterstellender Anhaltspunkte bei vermutungsweisem Vorbringen eingegangen werden. Diesen Bedenken wohnt zwar für die Frage, ob ohne Anhaltspunkte, gleichsam aufs Geratewohl aufgestellte Behauptungen nach der Prozessordnung zulässig sein sollen, kein eigener Wert inne; gleichwohl werden sie in diesem Zusammenhang regelmäßig genannt und sollen deshalb nicht unerwähnt bleiben.

1. Die Gefahr erlogener Anhaltspunkte

Wegen der Gefahr, dass die tatsächlichen Anhaltspunkte für die Vermutung frei erfunden werden, schlägt *Peters* vor, gleich ganz auf sie zu ver-

300 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 112.

301 Der Begriff stammt von *Sauer*, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951, S. 150 f.

302 Vgl. dazu *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

303 Unverständlich auch schon *Sauer*, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951, S. 151.

zichten: Die herrschende Ansicht dränge die Partei zur Verletzung der Wahrheitspflicht.³⁰⁴ Das offenbart ein merkwürdiges Verständnis des Geltungsanspruchs von Gesetzesrecht; die Überlegung *Peters* läuft darauf hinaus, dem befürchteten Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO durch seine Legalisierung zuvorzukommen. Ergebnis einer Gesetzesauslegung ist dieses allein in einem rechtspolitischen Diskurs gültige Argument offenkundig nicht. Im Übrigen verfehlen die geforderten Anhaltspunkte ihren Sinn auch bei Wahrunterstellung nicht: Sie bieten den gleichen Schutz, der auch sonst durch die Schlüssigkeitsprüfung gewährleistet wird, namentlich eine unnötige Beweisaufnahme über rechtlich Unerhebliches zu vermeiden, im Falle der vermutungsweisen Behauptung also die Aufklärung eines Sachverhalts, für welche mangels tatsächlicher Anhaltspunkte kein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Die Gefahr einer dreisten Lüge lässt sich so nicht verhindern, was allerdings auch für jede andere tatsächliche Behauptung gilt, ohne dass dadurch das Prinzip der Schlüssigkeitsprüfung als obsolet anzusehen wäre.

2. Der vermeintliche Verzicht auf Anhaltspunkte seitens der Rechtsprechung

Ebenfalls aus der Feder *Peters* stammt die Assertion, „zahlreiche“ Entscheidungen der Rechtsprechung würden auf jegliche Anhaltspunkte verzichten.³⁰⁵ Auch das ist offenkundig kein valides Argument gegen das Verbot von Geratewohl-Behauptungen, sondern lediglich der Vorwurf – vermeintlicher – Inkonsequenz seitens der Rechtsprechung. Im Übrigen dürfte dieser Vorwurf auch in tatsächlicher Hinsicht unzutreffend sein.³⁰⁶ Es finden sich zwar vereinzelt Entscheidungen, die insoweit zumindest missverständlich sind. Ein prominentes Beispiel ist die sog. *Pressedienst*-Entscheidung BGH NJW 1961, 826, welche häufig als Beleg für die vermeintlich inkonsequente Zulassung einer anhaltlosen Behauptung durch den BGH angesehen wird.³⁰⁷ Dort behauptete der Kläger, ein konkurrierender juristischer Pressedienst habe sich in seiner Werbung und in seinem Impres-

304 Vgl. *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 48.

305 Vgl. *E. Peters*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, ¹1992, § 138 Rn. 8.

306 So auch schon *Beckhaus*, Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 82 f.

307 Vgl. nur *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 125 und *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 124, die sich gleichermaßen gegen diese vermeintliche Ausnahme vom Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte wenden.

sum zu Unrecht der Mitarbeit von rund 100 namhaften Juristen be-
rühmt.³⁰⁸ Der BGH hielt den Beklagten hierzu für erklärungsbelastet,³⁰⁹
ohne dass aus der Entscheidung deutlich wird, worauf der Kläger den Vor-
wurf einer unrichtigen Werbung gründete. Das scheint auf den ersten
Blick einen Bruch mit der Linie nahezulegen, nach der Vermutungen oh-
ne tatsächliche Anhaltspunkte keine Berücksichtigung finden. Bei näherer
Betrachtung zeigt sich indessen, dass die Behauptung der unrichtigen Wer-
bung keineswegs ohne Anhalt war: Vorinstanzlich hatte der Kläger näm-
lich angegeben, dass drei der in der Namensliste als Mitarbeiter genannten
Personen nach ihren eigenen Erklärungen nichts von einer zugesagten
Mitarbeit wüssten.³¹⁰ Entscheidungen des BGH, in denen schlüssige, aber
anhaltlose Behauptungen als ausreichend angesehen würden, finden sich
nicht.³¹¹

3. Der Missbrauch des Ausforschungsverbots durch die Instanzgerichte

Nicht nur die Literaturansicht, welche auf konkrete Anhaltspunkte ver-
zichten will, konstatiert, dass die vermeintliche Kontrolle missbräuchlicher
Geratewohl-Behauptungen ihrerseits Missbrauch durch die Instanzgerichte
ermöglicht: Die Annahme von Gerätewohl-Behauptungen erscheine zum
Teil als der in das Gewand eines Arguments gekleidete Wunsch, unliebsa-
me Beweisaufnahmen zu vermeiden.³¹² Auch wird bemerkt, dass Entschei-
dungen der Instanzgerichte, die sich auf das Verbot der Gerätewohl-Behauptungen berufen, selten durch den BGH Bestätigung finden.³¹³ Daraus
zu folgern, man solle das Verbot der Gerätewohl-Behauptungen „verges-
sen“,³¹⁴ geht allerdings zu weit. Zum einen mag die Annahme von rechts-
missbräuchlichen Gerätewohl-Behauptungen durch den BGH zwar selten

308 BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, 1, NJW 1961, 826.

309 BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, B 3c, NJW 1961, 826, 828.

310 Vgl. OLG München, Urt. v. 26.3.1959 – 6 U 1319/58, Bl. 6 (unveröffentlicht).

311 Das gilt auch für die drei Entscheidungen, mit denen E. Peters die Behauptung
„zahlreicher“ Ausnahmen belegen will, vgl. Münchener Kommentar zur ZPO,
¹1992, § 138 Rn. 8; vgl. dazu schon Beckhaus, Sachverhaltsaufklärung, 2010,
S. 82 f.

312 Osterloh-Konrad, Informationsanspruch, 2007, S. 93; vgl. auch E. Peters, Ausfor-
schungsbeweis, 1966, S. 46.

313 Balzer/Walther, Das Urteil, ³2018, S. 33 Rn. 30.

314 So aber Balzer/Walther, Das Urteil, ³2018, S. 33 Rn. 30.

sein;³¹⁵ das kann allerdings schon darin seinen Grund haben, dass ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen, die seitens der Instanzgerichte mangels jeglicher Anhaltspunkte *zutreffend* unbeachtet bleiben, kaum durch den Rechtsbehelf angegriffen werden dürften. Zum anderen eignen sich auch andere Regeln des Prozessrechts zum Missbrauch – man denke nur an die Präklusionsvorschriften –, ohne dass deshalb deren Abschaffung verlangt würde. Entscheidend ist, dass bei Wahrunterstellung der tatsächlichen Anhaltspunkte kein Raum für verfahrensfremde Erwägungen verbleibt. Dass in der Praxis die Gefahr einer bewussten Missachtung jener Anforderungen durch die Instanzgerichte besteht, ist unterschiedslos zur Gefahr erlogener Anhaltspunkte seitens der Parteien und für die Geltung des Verbots der Geratewohl-Behauptungen gleichermaßen bedeutungslos. Die Verfahrensbeteiligten müssen ihr Verhalten nach den Anforderungen der Prozessordnung richten und nicht umgekehrt.

V. Ergebnisse

Richtig verstanden sind die von der Rechtsprechung geforderten Anhaltspunkte geeignet, die Institution des Zivilprozesses vor rein spekulativen Behauptungen zu schützen: Anhaltspunkte können für die vermutungsweise aufgestellte Behauptung verlangt werden, weil nur bei deren Vorliegen ein Rechtsschutzbedürfnis der Partei anzuerkennen ist. Die Anhaltspunkte für die Vermutung sind als wahr zu unterstellen, ebenso, wie ein Sachverhalt, der nach den Behauptungen der Partei auf sicherem Wissen beruht, im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung als wahr zu unterstellen ist. Deshalb kommt es auch nicht in Betracht, Vorbringen als unplausibel auszuschließen, wenn die Partei das Geschehen aus eigenem Wissen schildert. Das Verbot von Geratewohl-Behauptungen darf nicht mit einer Wahrheitskontrolle verwechselt werden. Ob die behauptete Tatsache gegeben ist oder nicht, kann zur Überzeugung des Richters nur im Rahmen einer Beweisaufnahme geklärt werden.

315 Vgl. die Nachweise bei *Beckhaus*, Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 84f. und *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3125, Anm. 49.

Drittes Kapitel: Die Integrität der richterlichen Entscheidungsfindung

Wie bisher gezeigt wurde, genügt die Partei ihren Substantiierungsanforderungen, wenn der Tatsachenvortrag einer Schlüssigkeitsprüfung zugänglich ist. Konkrete Anhaltspunkte sind zur Darlegung des Rechtsschutzbedürfnisses bei vermutungsweise Vorbringen erforderlich und müssen, sofern die Partei sie behauptet, als wahr unterstellt werden. Alternative Konzepte, die eine Beweisaufnahme davon abhängig machen wollen, ob die Partei Modalitäten schildert, die einen Erfolg der Beweisaufnahme als nicht unwahrscheinlich erscheinen lassen, sind als unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung zurückzuweisen. Unzulässig ist letztere, weil der Richter im Wissen um die Fehleranfälligkeit seiner auf Alltagstheorien zu einem „plausiblen“ Vortrag gestützten Entscheidung ohne Ausschöpfung der prozessualen Erkenntnismöglichkeiten keine Überzeugung von der Unbeweisbarkeit einer Behauptung erlangen kann.

Der in § 286 Abs. 1 ZPO geforderten Überzeugung lässt sich noch ein weiteres Argument entnehmen, dass dafür spricht, die Substantiierungsanforderungen auf die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung zu beschränken. Denn das Beweismaß der Überzeugung wird nicht nur durch Vorurteile in Form von oberflächlichen Wahrscheinlichkeitsüberlegungen verletzt, sondern auch durch verfahrensfremde Motive bei der Entscheidungsfindung. Gemeint ist der Verdacht, dass der Griff zum „Zauberschwert“ der Unsubstantiiertheit zur Verfahrensabkürzung nicht allein auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen beruht, sondern nicht unwesentlich dem (Selbst-)Zweck dienen soll, „(die) Akte mit einem Termin vom Tisch zu bekommen“.³¹⁶ Die Existenz dieses Phänomens hat zwar an sich keinen Neuigkeitswert,³¹⁷ ist aber in den letzten Jahrzehnten zunehmend bemerkt worden³¹⁸ und soll im Spiegel der aktuellen Entscheidungspraxis des BGH

316 Vgl. *Riemer*, DRiZ 1997, 259.

317 Vgl. schon *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

318 *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155 stellte trotz vorhandenem Problembewusstsein noch einen gewissen Unwillen seitens der Richterschaft fest, sich den als ehrwürdig empfundenen Fragen in diesem Bereich zu stellen.

Anlass geben, jenen praktischen Bedenken³¹⁹ im Rahmen der Gesetzesauslegung Rechnung zu tragen.

A. Eindrücke aus der Praxis

Ausführlich hat vor allem *Brehm* das Phänomen überhöhter Substantiierungsanforderungen in der Rechtsprechung dargestellt.³²⁰ Viel häufiger als es die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen vermuten lasse, würden die Gerichte bei der Entscheidung Vorbringen mangels ausreichender Substantiierung unbeachtet lassen.³²¹ Den Entscheidungen hafte etwas willkürliches, ja ungerechtes an, weil damit oft die wahren Beweggründe für das Übergehen des Tatsachenvortrags verdeckt würden.³²² Aus eigener Erfahrung als Anwalt berichtet *Brehm*, dass Richter neben dem Motiv eigener Zeitersparnis Vorbringen unberücksichtigt ließen, wenn ihnen der Erfolg einer Beweisaufnahme zweifelhaft erscheine; letzteres hänge neben der Plausibilität des Vortrags auch von dem Ruf der Partei, und manchmal auch von der Person des Anwalts ab.³²³ Am schwerwiegendsten ist wohl der Vorwurf, ein Anwalt, der durch mangelnde Vergleichsbereitschaft auffalle, müsse damit rechnen, dass seine Schriftsätze einer besonders kritischen Überprüfung auf – vorgebliche – Substantiierungsmängel unterzogen würden; es handle sich bei dieser Art von Sanktion nicht um eine Randerscheinung.³²⁴ Unabhängig davon sei die Wertung des Vortrags als unsubstantiiert auch eine Arbeitstechnik, um den Sachverhalt so zurechtzulegen, dass am Ende eine vermeintlich gerechte Entscheidung ergehen kann, ohne sich dem Makel einer von der herrschenden Rechtsprechung abweichenden rechtlichen Bewertung aussetzen zu müssen.³²⁵

Mittlerweile haben sich zahlreiche Richter zu Wort gemeldet und diese Beobachtung durch ihre Einrückte aus dem Gerichtsalltag im Kern bestätigt: All zu oft würden die Anforderungen an die Substantiierung über-

319 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 120.

320 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 52–54; zuvor auch *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155–157; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 178–180; nachfolgend zunächst *Stürmer*, JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

321 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 52.

322 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 52 f.

323 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 53 f.

324 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 54.

325 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 54.

spannt, um das Verfahren abzukürzen.³²⁶ Als Beweggrund wird häufig auf die hohe Arbeitsbelastung verwiesen,³²⁷ zum Teil wird den Gerichten mehr oder weniger offen Arbeitsscheue attestiert.³²⁸ Der Bewertung, dass es „menschlich verständlich, vom Standpunkt der Rechtspflege aber bedenklich“ ist, zur Arbeitsentlastung überhöhte Anforderungen an den Sachvortrag zu stellen,³²⁹ wird man sich in Hinblick auf die Integrität des Verfahrens vorbehaltlos anschließen können. Andererseits wird davor gewarnt, dem Richter dort vorschnell Eigennutz zu unterstellen, wo es ihm in Wahrheit darum gehe, eine bei nüchterner Betrachtung aussichtslose Beweisaufnahme zu verhindern.³³⁰ Das geht mit der Beobachtung einher, in vielen Prozessen würden Behauptungen aufgestellt, deren Unwahrheit greifbar erscheine.³³¹ Teilweise werde womöglich sogar versucht, die Partei vor ihrem eigenen Prozessvertreter zu schützen, dem mutmaßlich aus eigennützigen – monetären – Gesichtspunkten trotz evidenter Unbeweisbarkeit an der Durchführung des aussichtslosen Verfahrens gelegen ist.³³²

Ob zur Entlastung des Verfahrens oder doch vornehmlich des richterlichen Arbeitsaufwandes: Es scheint sie nach den Eindrücken der Praxis zu

326 *Bundschuh*, EWiR 1985, 913, 914 (Anm. zu BGH, Urt. v. 4.2.1985 – II ZR 142/84); *E. Schneider*, NJW 1986, 971, 972; *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233; *Frohn*, JuS 1996, 243, 246; *Hensen*, EWiR 1996, 1057, 1058 (Anm. zu BGH, Urt. v. 19.6.1996 – VIII ZR 189/95); *Rensen*, AnwBl. 2002, 633, 635; *Gremmer*, MDR 2007, 1172; *Eschelbach/Geipel*, ZAP, Fach 13, 2010, 1669 und 1677 f.; *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336 f. und 340; *Abrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 42013, Vor § 286 Rn. 44; *Laumen*, in: *Hdb. d. Beweislast*, 42018, S. 178 f. Rn. 64; *Balzer/Walther*, Das Urteil, 32018, S. 27 Rn. 16 und S. 29 f. Rn. 20.

327 So etwa mit Verweis auf die „wachsende Fülle an Prozessstoff“ bereits *Scheuerle*, JZ 1963, S. 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61), und, mit Verweis auf die „zunehmende Arbeitsbelastung“, *Laumen*, in: *Hdb. d. Beweislast*, 42018, S. 179 Rn. 64.

328 *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233 bemerkt, der sehr unterschiedliche Zeitaufwand deutscher Zivilrichter beruhe auf sehr verschiedenen Verständnissen hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltsermittlung; weniger konzilient *M. Schwab*, ZPR, 32016, S. 263 Rn. 471: Zahlreiche Richter hätten kein Interesse an der Wahrheit, wenn eine auf Kosten der eigenen Freizeit gehende Beweisaufnahme erforderlich würde.

329 *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

330 *Dölling*, NJW 2013, 3121; vgl. auch schon *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 179.

331 *F. Fischer*, JuS 2015, 223.

332 Vgl. zum mutmaßlichen Eigeninteresse der Prozessvertreter *Gottwald*, AcP 183 (1983), 201, 206 und *Schlosser*, JZ 1982, 655, 656 (jeweils in Anm. zu *Brehm*, Bindung des Richters, 1982).

geben, die „Substantiierungsschere“,³³³ mit welcher der Partei trotz eines zur Prüfung der Schlüssigkeit ausreichenden Vortrags die Beweisaufnahme gleichsam abgeschnitten wird. Gestützt wird diese Annahme teils auf Beobachtungen des eigenen Arbeitsumfeldes, sei es durch kollegiale Gespräche, freimütige Berichte über Selbsterfahrungen oder Erkenntnisse einer beobachtenden Dienstaufsicht.³³⁴ Subjektive Eindrücke finden ihre Bestätigung in den Erfahrungsberichten Dritter, etwa der häufig wiedergegebenen Schilderung *Gremmers* von einem Richterkollegen im OLG-Bezirk München, welcher die Substantiierung gleichsam zu seinem Steckenpferd erkoren haben soll und es den Parteien trotz erteilter Hinweise in den seltensten Fällen gelungen sei, den Anforderungen des Richters noch zu genügen.³³⁵ Jenseits von anekdotischer Evidenz wird aber auch auf die Anzahl der in der Revisionsinstanz bemängelten Entscheidungen hingewiesen: In der Prozessrechtsliteratur ist es schon fast ein Allgemeinplatz, dass sich der BGH regelmäßig genötigt sehe, die fehlerhaften, weil überhöhten Anforderungen der Instanzgerichte an die Substantiierung zu rügen.³³⁶

B. Die „Substantiierungsschere“ in der Rechtsprechung des BGH

Im Laufe der Jahrzehnte hat sich eine Vielzahl von Entscheidungen angehäuft, in denen die Anforderungen an die Substantiierung seitens der Instanzgerichte nach den Feststellungen des BGH überzogen wurden. Allerdings könnte die Bewertung dieser Entscheidungen vor den Hintergrund der Unmenge an Fällen, die alljährlich durch die Gerichte entschieden werden und die ohne Beanstandung bleiben, relativiert werden. Es stellt sich die Frage nach der Bedeutung des Phänomens „Substantiierungsschere“. Eine Annäherung kann die Betrachtung der Nichtzulassungsbeschwerden wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs vor dem BGH bringen.

333 *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 27 Rn. 16.

334 Vgl. etwa die Darstellungen bei *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155–157 und *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 179.

335 Vgl. *Gremmer*, MDR 2007, 1172. – Nach Einschätzung von *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336 ein Extrembeispiel.

336 *Abrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, Vor § 286 Rn. 44; *Thole*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 52; *Geipel*, Beweismwürdigung, ³2017, S. 981 Rn. 91; *Laumen*, in: Hdb. d. Beweislast, ⁴2018, S. 178 f. Rn. 64; *Hök*, MDR 1995, 773, 778; *Frohn*, JuS 1996, S. 246; *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2233 f.; *Gremmer*, MDR 2007, 1172; *Eschelbach/Geipel*, ZAP, Fach 13, 2010, 1669, 1680; *Dölling*, NJW 2013, 3121.

I. Eingeschränkte Erkenntnismöglichkeiten der Betrachtung

Die Häufigkeit überzogener Substantiierungsanforderungen aus der Perspektive des BGH als letzter fachgerichtlicher Kontrollinstanz zu betrachten ist naheliegend, unterliegt jedoch hinsichtlich der Aussagekraft der Ergebnisse von vornherein erheblichen Einschränkungen: Klar ist, dass nicht jede Entscheidung der Vorinstanzen, in der die Substantiierungsanforderungen fehlerhaft gehandhabt wurden, auch den BGH erreicht. Letzteres hängt vielmehr davon ab, ob die Partei anwaltlich so beraten ist, dass der Fehler der Vorinstanz als solcher erkannt und die Erfolgsaussicht einer etwaigen Nichtzulassungsbeschwerde zutreffend eingeschätzt wird, und ob die Partei selbst noch den Willen hat, einen ressourcenzehrenden Rechtsstreit fortzusetzen, in dem bisher gegen sie entschieden wurde – ganz zu schweigen davon, dass die Beschwerdschuld im Sinne von § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO n. F.³³⁷ (aktuell 20.000 EUR) erreicht sein muss. Somit legen die Verfahren vor dem BGH nur einen Bruchteil der fehlerhaften Entscheidungen offen.

II. Die Rüge von Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Überspannte Substantiierungsanforderungen, die keine Stütze in der Zivilprozessordnung haben, verletzen das Gebot rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 103 Abs. 1 ZPO.³³⁸ Revisionsrechtlich wird die Verletzung von Grundrechten wegen ihrer Eignung, das Vertrauen der Allgemeinheit in die funktionierende Rechtspflege zu beschädigen, als Revisionsgrund zur Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 2. Alt. ZPO durch den BGH berücksichtigt.³³⁹ Relevant wird die Rüge der Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG vor allem bei Beschwerden, die sich gegen die Nichtzulassung der Revision wenden. Das ist leicht begreiflich: Jedenfalls bei bewussten Verletzungen des rechtlichen Gehörs wird das Berufungsgericht sich nicht die Blöße geben, durch Zulassung der Revision ge-

³³⁷ § 26 Nr. 8 EGZPO a. F., vgl. Art. 2 Nr. 14 lit. a) des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2633.

³³⁸ Vgl. zur verfassungsrechtlichen „Aufladung“ bzw. „Hochzonung“ einfachrechtlicher Verfahrensverstöße *Nissen*, *Recht auf Beweis*, 2019, S. 338–341 und *Wörner*, *Vorweggenommene Beweiswürdigung*, 2019, S. 210 f., jeweils m. w. N.

³³⁹ Vgl. statt vieler *Heßler*, in: *Zöller, ZPO*, ³³2020, § 543 Rn. 15a.

wissermaßen an der eigenen Überführung mitzuwirken.³⁴⁰ Im Folgenden beschränkt sich die Darstellung auf Nichtzulassungsbeschwerden, und dort nur solche, in denen allein der Verstoß gegen Art. 103 GG ohne Weiteres zur Aufhebung und Zurückverweisung durch Beschluss gem. § 544 Abs. 9 ZPO³⁴¹ führt. Außer Betracht bleiben damit Nichtzulassungsbeschwerden, in denen bereits verfehlt Rechtsansichten der Instanzgerichte den Erfolg der Beschwerde begründen und zu Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens als Revisionsverfahren gem. § 544 Abs. 8 ZPO³⁴² führen.

1. Häufigkeit überspannter Substantiierungsanforderungen

Als einschlägig werden im Folgenden ferner nur solche erfolgreichen Beschwerden gegen überspannte Substantiierungsanforderungen gewertet, in denen der BGH ausdrücklich eine offensichtlich unrichtige Handhabung der Substantiierungsanforderungen respektive die fehlerhafte Annahme eines Ausforschungsbeweises rügt. Andere Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG, namentlich diejenigen Fälle, in denen der BGH sich auf die Feststellung beschränkt, es sei erheblicher Vortrag übergangen worden, sind hiervon abzugrenzen. Damit bleiben auch solche Fälle unberücksichtigt, bei denen sich nicht feststellen lässt, ob das Berufungsgericht das Vorbringen überhaupt zur Kenntnis genommen hat oder wegen fehlerhafter Vorstellungen zu den Substantiierungsanforderungen unbeachtet gelassen hat.³⁴³

Im untersuchten Entscheidungszeitraum 2014–2018³⁴⁴ entfiel das Gros der erfolgreichen Aufhebungs- und Zurückweisungsbeschlüsse gem. § 544 Abs. 9 ZPO auf Entscheidungen, in denen der BGH sich auf die Feststellung beschränkt, erhebliches Vorbringen sei übergangen worden. Ausdrücklich gegen überspannte Substantiierungsanforderungen gerichtete

340 Vgl. auch *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 222 Anm. 1118.

341 § 544 Abs. 7 ZPO a. F., vgl. Art. 2 Nr. 14 lit. c) des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2633.

342 § 544 Abs. 6 ZPO a. F.

343 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 20.11.2018 – II ZR 132/17, II 2a, BeckRS 2018, 32052.

344 Einen kursorischen Überblick für den Zeitraum 2013–2017 gibt auch *Geisler*, AnwBl. 2017, 1046, 1046–1048.

Beschwerden führten daneben im Jahr 2014³⁴⁵ in 9 Fällen zum Erfolg, in den Jahren 2015³⁴⁶ und 2016³⁴⁷ waren es 5 respektive 11 Fällen, im Zeitraum 2017³⁴⁸ und 2018³⁴⁹ waren es 7 respektive 5 Entscheidungen. Der Rest entfiel auf andere Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG, namentlich unterlassene Hinweise³⁵⁰ und fehlerhafte Anwendung der Präklusionsvorschriften,³⁵¹ häufig auch auf Fälle, in denen das Berufungsgericht ohne die gebotene Wiederholung der Beweisaufnahme eine andere Würdigung als die Vorinstanz vorgenommen hat.³⁵²

345 BGH, Beschlüsse v. 6.2.2014 – VII ZR 160/12, II 1b, NJW-RR 2014, 456 f.; v. 20.3.2014 – V ZR 149/13, III 1; BeckRS 2014, 8037; v. 12.6.2014 – V ZR 308/13, III 1, BeckRS 2014, 14868; v. 24.6.2014 – XI ZR 219/13, II 2b, BeckRS 2014, 15729; v. 25.9.2014 – IX ZR 314/12, II 2b, BeckRS 2014, 21079; v. 21.10.2014 – VIII ZR 34/14, II 2, NJW-RR 2015, 910, 911; v. 5.11.2014 – III ZR 559/13, II 2b, NJW-RR 2015, 125, 126; v. 19.11.2014 – IV ZR 317/13, III 2, BeckRS 2014, 22752; v. 18.12.2014 – III ZR 125/14, II 2b, NJOZ 2015, 1106, 1107.

346 BGH, Beschlüsse v. 6.2.2014 – VII ZR 160/12, II 1b, NJW-RR 2014, 456 f.; v. 20.3.2014 – V ZR 149/13, III 1; BeckRS 2014, 8037; v. 12.6.2014 – V ZR 308/13, III 1, BeckRS 2014, 14868; v. 24.6.2014 – XI ZR 219/13, II 2b, BeckRS 2014, 15729; v. 25.9.2014 – IX ZR 314/12, II 2b, BeckRS 2014, 21079; v. 21.10.2014 – VIII ZR 34/14, II 2, NJW-RR 2015, 910, 911; v. 5.11.2014 – III ZR 559/13, II 2b, NJW-RR 2015, 125, 126; v. 19.11.2014 – IV ZR 317/13, III 2, BeckRS 2014, 22752; v. 18.12.2014 – III ZR 125/14, II 2b, NJOZ 2015, 1106, 1107.

347 BGH, Beschlüsse v. 16.2.2016 – VI ZR 428/15, II 1b, BeckRS 2016, 5219; v. 3.3.2016 – III ZR 17/15, II 2, BeckRS 2016, 6436; v. 15.3.2016 – XI ZR 208/15, II 3, BeckRS 2016, 7181; v. 22.3.2016 – VI ZR 163/14, II, BeckRS 2016, 7885; v. 27.7.2016 – XII ZR 59/14, 2, NJW-RR 2016, 1291 f.; v. 27.9.2016 – VI ZR 565/15, II 2, BeckRS 2016, 19991; v. 11.10.2016 – VI ZR 547/14, II 2, BeckRS 2016, 21258; v. 26.10.2016 – IV ZR 52/14, III 3b, NJW-RR 2017, 22, 24; v. 10.11.2016 – I ZR 235/15, II 2b, BeckRS 2016, 20628; v. 16.11.2016 – VII ZR 23/14, II 2, ZfBR 2017, 146; v. 16.11.2016 – VII ZR 314/13, II 3b, ZfBR 2017, 140, 142.

348 BGH, Beschlüsse v. 21.2.2017 – VIII ZR 1/16, II 2b, NJW 2017, 1877, 1878; v. 14.3.2017 – VI ZR 225/16, II, BeckRS 2017, 109294; v. 25.4.2017 – VIII ZR 217/16, III 2, ZfBR 2017, 571, 573 f.; v. 18.5.2017 – I ZR 205/16, BeckRS 2017, II 2, 114636; v. 22.8.2017 – VIII ZR 226/16, II 2, NJW-RR 2017, 1290, 1291 f.; v. 12.10.2017 – V ZR 17/17, III 1, BeckRS 2017, 133498; v. 14.12.2017 – VII ZR 217/15, II 2, BeckRS 2017, 138620.

349 BGH, Beschlüsse v. 10.4.2018 – VIII ZR 223/17, II 3, NJW-RR 2018, 647, 648; v. 17.4.2018 – II ZR 277/16, II 1, BeckRS 2018, 9756; v. 9.5.2018 – I XIZR 68/17, II 4, BeckRS 2018, 13890; v. 7.6.2018 – III ZR 210/17, II 2, BeckRS 2018, 13133, v. 25.9.2018 – VI ZR 234/17, II 2.

350 Vgl. dazu *Geisler*, AnwBl. 2017, 1046, 1049–1051.

351 Vgl. *Geisler*, AnwBl. 2017, 1046, 1056–1059.

352 Vgl. *Geisler*, AnwBl. 2017, 1046, 1056 f.; zuletzt auch BGH, Beschlüsse v. 21.3.2018 – IV ZR 248/17, III 1, NJW 2018, 2334 (Parteihörsung); v. 18.7.2018

Dass in einem Zeitraum von 5 Jahren nicht weniger als 37 mit der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffene Entscheidungen der Berufungsgerichte nach den Feststellungen des BGH die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt haben, dürfte als Beleg dafür anzusehen sein, dass es sich bei dem Phänomen „Substantiierungsschere“ nicht bloß um punktuelle Verstöße handelt. Da sich hinsichtlich der Verteilung der gerügten Entscheidungen auf Rechtsgebiet und Berufungsgericht keine Auffälligkeiten ergeben, scheint es sich auch insoweit nicht um eine begrenzte Erscheinung zu handeln. Ein Trend dahingehend, dass der BGH in zunehmendem Maße Entscheidungen wegen überspannter Substantiierungsanforderungen aufheben würde, lässt sich nicht feststellen. Angesichts der Schwankungsbreite im untersuchten Zeitraum kann auch eine gegenteilige Entwicklung nicht bejaht werden. Was das Verhältnis von aufgedeckten Verstößen gegen Art. 103 Abs. 1 GG und unbeanstandet gebliebenen Verfahren angeht, liegt die Bewertung gleichsam im Auge des Betrachters.³⁵³ Wer auf die Masse unbeanstandeter Verfahren abhebt, muss sich allerdings bewusst sein, dass es eine Dunkelziffer an Fällen gibt, in denen gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstoßen wurde, die jedoch unterhalb der Beschwersumme liegen und schon deshalb von vornherein der Kontrolle durch den BGH entzogen sind. Hier genügt die Feststellung, dass trotz des seit geraumer Zeit bestehenden Problembewusstseins auch heute noch kontinuierlich Fälle den BGH erreichen, in denen die Instanzgerichte von der „Substantiierungsschere“ Gebrauch gemacht haben.

2. Qualität der aufgedeckten Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör

Rückschlüsse auf die Motive für die überspannten Anforderungen an die Substantiierung lassen die aufgedeckten Verletzungen des Art. 103 Abs. 1 GG nur in einem sehr begrenzten Umfang zu. Wenn darauf abgehoben wird, dass der Vortrag nicht plausibel oder widersprüchlich sei, machen

– VII ZR 30/16, II 2, NJW-RR 2018, 1173 f. (Sachverständigenbeweis); v. 23. 10.2018 – VIII ZR 61/18, III, NJW-RR 2019, 134 f.; v. 7. 11.2018 – IV ZR 189/17, III 1, FamRZ 2019, 301 f.; v. 20.11.2018 – II ZR 196/16, II 2a, MDR 2019, 567 f. (Zeugenbeweis).

353 Kritisch zur „außergewöhnlich“ hohen Anzahl aufgedeckter Gehörsverstöße im Allgemeinen etwa *Geisler*, AnwBl. 2017, 1046, 1056, 1071.

die Instanzgerichte allerdings keinen Hehl daraus, dass sie sich zur Abkürzung des Verfahrens berechtigt fühlen. Zum Teil lassen einem die Verfahren, in denen ohne ersichtlichen Grund gleichsam kurzer Prozess gemacht wurde, aber auch ratlos zurück. Das Spektrum kann an Hand zweier exemplarischer Entscheidungen veranschaulicht werden.

a) BGH NJW 2019, 607

Die vorinstanzliche Entscheidung zu BGH NJW 2019, 607 scheint ein möglicher Fall der „Plausibilitätskontrolle“ zu sein:³⁵⁴ Dort wurde behauptet, der Geschädigte sei beim Einsteigen in eine Straßenbahn eingeklemmt und so verletzt worden. Datum und Haltestelle waren ebenso wie eine ungefähre Uhrzeit angegeben worden. Gleichwohl hielt das Berufungsgericht diesen Vortrag für unsubstantiiert: Der Unfallzeitpunkt sei zunächst mit 19.50 Uhr angegeben worden, später dann mit „genau“ 19.15 Uhr, dann schließlich mit „ca.“ 19.15 Uhr – erforderlich sei es jedoch gewesen, wenigstens den genauen Unfallzeitpunkt und die benutzte Straßenbahnlinie oder die Nummer des benutzten Wagens vorzutragen. Der BGH konstatiert trocken, dass der Unfallzeitpunkt um 19.50 Uhr, „genau“ oder „ca.“ 19.15 Uhr ebenso wie Linien- oder Wagennummer für die Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 1 HaftPflG unerheblich sind;³⁵⁵ das Berufungsgericht war gehalten, sich seine Überzeugung zum schlüssig behaupteten Unfallgeschehen auf Grund einer Beweisaufnahme zu bilden.

Letzteres wollte das Berufungsgericht wohl gerade vermeiden, denn der Verletzte war angeblich während des Unfalls der einzige Fahrgast gewesen, hatte den Ersatzanspruch an seine Ehefrau abgetreten und sollte nun gewissermaßen als Zeuge in eigener Sache das behauptete Geschehen belegen³⁵⁶ – keine einfache Beweiswürdigung, und auch wenn sich das Berufungsgericht seine Meinung zur Glaubhaftigkeit wohl schon längst gebildet hatte, keine einfache Begründung. Hier erscheint ein Eingreifen der „Plausibilitätskontrolle“ zumindest nicht gänzlich unnachvollziehbar, was der Einordnung als Verfahrensverstöß vom hier vertretenen Standpunkt allerdings keinen Abbruch tut.

354 BGH, Beschl. v. 25.9.2018 – VI ZR 234/17, NJW 2019, 607 f.

355 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.9.2018 – VI ZR 234/17, II 2b), aa), NJW 2019, 608.

356 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.9.2018 – VI ZR 234/17, NJW 2019, 607.

b) BGH BeckRS 2017, 109294

Den Gegenpol bildet ein Rechtsstreit, der vor dem Amtsgericht Frankfurt a. M. seinen Ausgangspunkt nahm:³⁵⁷ Der Kläger behauptete rechtsgrundlos erfolgte Zahlungen von rund 160.000 EUR an seinen ehemaligen Wohnungsvermieter. Der Beklagte wandte ein, die namhaften Beträge schenkungsweise erhalten zu haben, im Übrigen seien die Forderungen verjährt. Der Kläger bestritt die Schenkung und behauptete, er sei in dem verjährungsrelevanten Zeitraum geschäftsunfähig gewesen und habe keine Kenntnis von den Fehlbeträgen erlangt. Ihm seien die Zahlungen erst später bekannt geworden, nachdem sein Anwalt die in einer Tüte gesammelten, teilweise noch ungeöffneten Schreiben mit Kontoauszügen geöffnet und durchgesehen habe. Die Vorinstanzen hielten die Forderung des Klägers angesichts grobfahrlässiger Unkenntnis für verjährt; es erscheine unverständlich, dass der Kläger seine Kontoauszüge nicht geprüft habe. Der Vortrag zur Geschäftsunfähigkeit sei vage und lasse keine Rückschlüsse darauf zu, weshalb es dem Kläger durchgängig unmöglich gewesen sein sollte, die Kontoauszüge zu prüfen. Das beantragte Sachverständigengutachten diene nur dazu, entsprechende Hinweise auf den Zustand des Klägers zu erlangen.

Was hatte der Kläger zur Darlegung seiner Geschäftsunfähigkeit vorgetragen? Unter anderem³⁵⁸ hatte er ein Schreiben der städtischen Sozialpsychiatrie vorgelegt, in dem es heißt, gegen den Kläger sei eine Räumungsklage angestrengt worden, weil er in seiner 1-Zimmer-Wohnung so viele Bücher und andere Dinge gestapelt habe, das statische Bedenken hinsichtlich einer Einsturzgefahr bestünden. Der Kläger selbst gab an, in seiner Wohnung so viele Bücher zu haben, dass nur ein schmaler Gang verbleibe und er auf Grund des Platzmangels eigentlich im Sitzen schlafe. Er gerate oft in monatelange Zustände der Handlungsunfähigkeit; so könne er etwa die Wohnung seit Jahren nicht heizen und habe zwischenzeitlich für rund ein Jahr auch kein Strom gehabt, weil er es nicht geschafft habe, sich um Abhilfe zu bemühen. Der sozialpsychiatrische Dienst hielt die Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung für notwendig, um eine vollständige soziale Desintegration des Klägers zu verhindern und bescheinigte dem Kläger bizarres Verhalten, eine schizoide Persönlichkeitsstruktur mit extremen Rückzugverhalten sowie Unfähigkeit, trotz ausreichender finanzieller Möglichkeiten seine Belange eigenverantwortlich zu regeln.

357 BGH Beschl. v. 14.3.2017 – VI ZR 225/16, BeckRS 2017, 109294.

358 Vgl. BGH Beschl. v. 14.3.2017 – VI ZR 225/16, BeckRS 2017, 109294.

Wenig überraschend attestierte der BGH den Vorinstanzen, die Anforderungen an die Substantiierung der Geschäftsunfähigkeit in unvertretbarer Weise überspannt zu haben.³⁵⁹ Tatsächliche Anhaltspunkte für eine anhaltende Störung der freien Willensbildung, die sich nicht bloß in Wertungen erschöpften, lagen bei Wahrunterstellung des Vortrags offenkundig vor. Weshalb sich die Vorinstanzen dem verschlossen haben und auf die naheliegende sachverständige Untersuchung des Geisteszustandes verzichten wollten, ist unklar.

III. Ergebnisse

Die Betrachtung der Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren bestätigt den Eindruck der Praxis: Trotz der schon seit geraumer Zeit ständigen Rechtsprechung des BGH, wonach es zur Substantiierung genügt, dass eine Schlüssigkeitsprüfung möglich ist, werden auch heute noch regelmäßig seitens der Instanzgerichte darüberhinausgehende Anforderungen an den Vortrag gestellt. Die Motivlage für den Einsatz der „Substantiierungssche-re“ lässt sich bei den aufgedeckten Verstößen gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör an Hand der Entscheidungen selbst nicht klar bestimmen; sicher ist allerdings, dass damit nicht nur Verfahren abgekürzt werden, in denen die Beweisaufnahme aussichtslos erscheint.

C. Überzeugungsbildung und Steuerung der Missbrauchsgefahr

Auch Anhänger der „Plausibilitätskontrolle“, die dem Richter eine Überzeugungsbildung ohne Beweisaufnahme an Hand von Plausibilitätsüberlegungen zutrauen, müssen sich fragen, ob dabei gewährleistet werden kann, dass die in das Wahrheitsurteil einfließenden Erwägungen verfahrenskonform sind. Die Prozessordnung stellt dem Einfluss verfahrensfremder Erwägungen nicht nur die Vorschriften zur Befangenheit entgegen: § 286 ZPO setzt eine *integre* Entscheidungsfindung frei von Überlegungen, die keine Relevanz für die Feststellung der Wahrheit haben, voraus. Eine Entscheidung über die Wahrheit einer Behauptung kann nur dann als Ausdruck der Überzeugung gelten, wenn der Richter sich über sein Vor-

359 BGH Beschl. v. 14.3.2017 – VI ZR 225/16, II 2c) bb), BeckRS 2017, 109294.

verständnis klar geworden ist,³⁶⁰ und bereit ist, dem Befund dieser Selbstbefragung bei der Entscheidungsfindung Rechnung zu tragen.

Angesichts der Erfahrungsberichte aus der Praxis erscheint es zweifelhaft, inwieweit eine Abkürzung des Verfahrens an Hand von Plausibilitäts-erwägungen frei von verfahrensfremden Erwägungen bleiben kann. Dabei ist das Bild des Richters, der zum „Zauberschwert“ der Substantiierung greift, nur um die „Akte [...] vom Tisch zu bekommen“,³⁶¹ wohl eher eine Karikatur der tatsächlichen Verhältnisse.³⁶² Auch die Einschätzung *Brehms*, der Richter habe kein primäres Interesse an dem Rechtsstreit, für ihn stehe die rasche und einfache Erledigung im Vordergrund,³⁶³ dürfte nicht nur in ihrer Zuspitzung den psychologischen Dispositionen kaum gerecht werden: Der Richter hat durchaus ein hervorragendes Interesse an dem Verfahren, in welchem er seiner besonderen Verantwortung gerecht zu werden sucht. Dessen ungeachtet sieht sich auch der verantwortungsvolle Richter äußeren Zwängen ausgesetzt, und es wäre lebensfremd anzunehmen, dass der Anreiz, schneller mit der Sache fertig zu werden, die Prognose der vermeintlichen Aussichtslosigkeit nicht beeinflusst.³⁶⁴ Der Versuchung, und sei es auch nur unterbewusst, schlüssigen Vortrag eher als unplausibel auszuschließen, wenn die Arbeitslast besonders drückend ist, hat die „Plausibilitätskontrolle“ nichts entgegenzusetzen. Eine solche Kontrolle eröffnet keinen „Mittelweg“³⁶⁵, der nur in Extremfällen Behauptungen von der Beweiserhebung ausschließt, auch wenn allein letzteres der Intention ihrer Schöpfer entsprechen mag.³⁶⁶ Immer bleibt die Auffassung des-

360 Vgl. dazu auch *Paulus*, Lehrbuch, 62017, S. 82 Rn. 203.

361 Vgl. *Riemer*, DRiZ 1997, 259; ähnlich auch schon *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155, 177: Es werden Abstriche bei der Qualität der Rechtsfindung gemacht, „wenn der Fall vom Tisch muß“.

362 Was nicht ausschließen soll, dass damit Einzelfälle durchaus richtig getroffen werden, vgl. dazu *E. Schneider*, MDR 1999, 113 (Anm. zu OLG Zweibrücken, Beschl. v. 15.10.1998 – 3 W 225/98): Dort erklärte ein Richter am Amtsgericht nach einem angeblich unsubstantiierten Antrag auf Terminverlegung dem Prozessbevollmächtigten telefonisch, es handle es sich nur um eine „Kleckerles-Angelegenheit“, die „vom Tisch“ solle.

363 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 121.

364 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 121; vgl. auch schon *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

365 *Stürner*, JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

366 So die Einschätzung der Position *Stürners* durch *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 122. Es sind allerdings gerade die Extremfälle, in denen auch die „Plausibilitätskontrolle“ versagt – dem besonders dreisten Lügner, der die vom Richter geforderten Modalitäten hinzudichtet, hat auch sie nichts entgegenzusetzen, so auch *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 127.

sen, was plausibel ist, Wertungssache und als solche anfällig für verfahrensfremde Erwägungen. Der Richter droht, in den Worten *Scheuerle*, zum „Zensor in eigener Sache“ zu werden; hierin liegt die eigentliche Missbrauchsgefahr.³⁶⁷

Im Wissen um diese latente Gefahr muss der Richter sich fragen, wie das Risiko, sei es auch nur unbewusst verfahrensfremden Beweggründen bei der Überzeugungsbildung über die Erfolgchancen einer Beweisaufnahme nachzugeben, im Rahmen der Entscheidungsfindung zu adressieren ist; richtigerweise dadurch, dass auf die Abkürzung des Verfahrens verzichtet wird.³⁶⁸ Die Integrität der Überzeugungsbildung lässt sich anders nicht gewährleisten.³⁶⁹ Der vom BGH etablierte Maßstab, wonach eine Beweiserhebung mehr als einen schlüssigen Vortrag nicht voraussetzt, entfaltet gleichsam eine Selbstdisziplinierungsfunktion, die verfahrensfremde Motive bei der Entscheidungsfindung auszuschließen sucht.

367 Vgl. *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

368 Ebenso *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 120 f.

369 *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155, 161 gelangt dagegen zu dem Schluss, die bestehende Praxis, bei Zeitnot Abstriche hinsichtlich der Wahrheitsfindung zu machen, sei dadurch zu legalisieren, dass statt der in § 286 ZPO geforderten Überzeugung Wahrscheinlichkeitsüberlegungen ausreichen sollen. Zustimmung verdient dieser Vorschlag nur hinsichtlich der Selbsteinschätzung als rechtspolitische Forderung. Im Übrigen würde dann auch das Wahrscheinlichkeitsurteil auf den sachfremden Beweggrund der Arbeitsentlastung gestützt sein.

Zweiter Teil: Substantiiertes Bestreiten

Behauptungen setzen Tatsachenvortrag voraus (Substantiierung). Der Umfang der Substantiierungslast richtet sich nach dem Zweck des Tatsachenvortrags: Um zu prüfen, ob die Tatsachen unter einen bestimmten Rechtsatz subsumiert werden können, müssen sie klar und eindeutig geschildert werden. Mehrdeutige Tatsachenbehauptungen müssen in Einzeltatsachen zergliedert werden, um die Bedeutung zu klären und somit die Zuordnung zu einem Rechtsatz zu ermöglichen.

Zur Verteidigung können neben Rechtsausführungen auch Behauptungen in Form von Gegennormen vorgebracht werden. Diese Einreden müssen erheblich sein, für sie gilt daher als Substantiierungsmaßstab, dass eine Erheblichkeitsprüfung möglich sein muss. Es kann aber auch genügen, die Richtigkeit des gegnerischen Sachvortrags zu bestreiten (Klageleugnen). Um die Richtigkeit des gegnerischen Tatsachenvortrags anzugreifen, wird regelmäßig ein substantiiertes, d. h. auf positiven Angaben beruhendes Bestreiten verlangt. Gegenstand des zweiten Teils sind die Voraussetzungen, nach denen ein substantiiertes Bestreiten erforderlich ist.

Erstes Kapitel: Einfaches und substantiiertes Bestreiten

Nach § 138 Abs. 2 ZPO haben sich die Parteien über die Tatsachenbehauptungen der Gegenseite zu erklären. Unterbleibt jegliche Erklärung, gelten die gegnerischen Tatsachenbehauptungen als zugestanden, § 138 Abs. 3 ZPO. Der Wortlaut des § 138 Abs. 2 ZPO sagt aber nichts darüber aus, *wie* die Erklärung erfolgen soll. Das Gesetz regelt nur eine Form der Erklärung eindeutig: § 138 ZPO Abs. 4 ZPO ist zu entnehmen, dass eine Erklärung *mit Nichtwissen* über Tatsachen zulässig ist, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Der Umkehrschluss könnte lauten, dass ein substantiiertes Bestreiten immer dann erforderlich ist, wenn die Partei über Wissen verfügt.¹ Zum Teil wird diese Überlegung aber nicht für zwingend erachtet: Der Schluss sei ein „Irrweg“, gar eine „Gehörsverweigerung contra legem“, auch bei eigenem Wissen soll der Partei grundsätzlich ein „einfaches“ Bestreiten ohne nähere Angaben gestattet sein.²

Dieses Kapitel geht der Grundsatzfrage nach, ob ein „einfaches“ Bestreiten überhaupt je als ausreichend anzusehen ist, und wie die Erforderlichkeit eines substantiierten Bestreitens begründet werden kann.

A. Leitlinien der Rechtsprechung zum „einfachen“ und substantiierten Bestreiten

Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen das „einfache“ Bestreiten genügen oder substantiiertes Bestreiten erforderlich sein soll, haben sich in der Rechtsprechung des BGH verschiedene Leitlinien herausgebildet, die zunächst im Überblick dargestellt werden. Daran anschließend soll ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 2 ZPO Aufschluss darüber geben, wie es zu den divergierenden Leitlinien kommen konnte.

1 *Lent*, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 56; *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 11; *E. Schmidt*, in: AK-ZPO, 1987, § 138 Rn. 72; *Ambis*, Nichtwissen, 1997, S. 73 und 94; *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 97 f., 107.

2 So vor allem *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 41 f. Rn. 50 und S. 43 Rn. 58.

I. Überblick zu den Leitlinien der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung des BGH können drei Linien unterschieden werden: Eine, wonach ein substantiiertes Bestreiten grundsätzlich erforderlich sein soll, eine, wonach das „einfache“ Bestreiten in der Regel genüge, und eine Misch-Formel, welche die beiden gegenläufigen Linien zu verbinden sucht.

1. Substantiiertes Bestreiten grundsätzlich erforderlich

Erst die Entscheidung BGH NJW-RR 1986, 60 hat zum Erfordernis des substantiierten Bestreitens in unmissverständlicher Weise Stellung bezogen:³ Dort heißt es, grundsätzlich habe die Partei auf die Behauptungen des Gegners substantiiert, also mit näheren positiven Angaben zu erwidern, wenn ihr ein substantiierter Gegenvortrag möglich sei; dies sei in der Regel dann der Fall, wenn sich die behaupteten Vorgänge in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben sollen.

2. „Einfaches“ Bestreiten „in der Regel“ ausreichend

Das genaue Gegenteil postuliert eine auf BGH NJW 1993, 1782 zurückgehende Rechtsprechungslinie:⁴ „In der Regel“ genüge gegenüber einer Tatsachenbehauptung das „einfache“ Bestreiten des Gegners. Nähere Angaben seien nur ausnahmsweise zu verlangen, wenn der Darlegungsbelastete außerhalb des Geschehens steht, während der Gegner die wesentlichen Tatsachen kennt (sog. sekundäre Darlegungslast).

3 BGH, Urt. v. 11.6.1985 – VI ZR 265/83, II 3, NJW-RR 1986, 60; vgl. auch BGH, Urt. v. 11.3.2010 – IX ZR 104/08, II 3a) aa), NJW 2010, 1357, 1358; BGH, Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12, II 2b) aa), NJW 2015, 468, 469; BGH, Urt. v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, III 2b) aa), NZG 2018, 497, 498.

4 BGH, Urt. v. 23.3.1993 – VI ZR 176/92, II 3a, NJW 1993, 1782, 1783; weitere Nachweise unter C II 5.

3. Mischformel

Zum Teil wird auch versucht, die unterschiedlichen Postulate miteinander zu verbinden, so etwa in BGH NJW 2011, 1509:⁵

„Im Grundsatz hängt die Substantiierungslast des Bestreitenden davon ab, wie eingehend die darlegungspflichtige Gegenpartei vorgetragen hat [...]. In der Regel genügt aber gegenüber einer Tatsachenbehauptung der darlegungspflichtigen Partei ein einfaches Bestreiten des Gegners [...]. Eine darüber hinausgehende Substanziierungslast trifft die nicht darlegungsbelastete Partei im Regelfall nur dann, wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgeblichen Tatsachen nicht kennt, während sie der anderen Partei bekannt und ihr ergänzende Angaben zuzumuten sind [...].“

Der Widerspruch zwischen dem „Grundsatz“, das der erforderliche Substantiierungsgrad des Bestreitens von der Substantiierung der gegnerischen Behauptungen abhängen soll, und der „Regel“, wonach ein „einfaches“ Bestreiten ausreichend und substantiiertes Bestreiten nur ausnahmsweise bei Informationsnot des Darlegungsbelasteten erforderlich sei, tritt hier deutlich hervor und wird durch die Entscheidung auch nicht an anderer Stelle aufgelöst.

4. Standpunkte der Literatur

In der Literatur reicht die Einschätzung dieser „Unstimmigkeiten“⁶ von der vorsichtigen Anmerkung, die Rechtsprechung sei hier „nicht ganz einheitlich“⁷ bis zum Befund *Adloffs*, ob der BGH sein eigenes Regel-Ausnahme-Verhältnis noch richtig nachvollziehe, sei recht fraglich.⁸ Die Widersprüchlichkeit und der Mangel an einer zwingenden Begründung lassen

5 BGH, Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 146/10, II 2a, NJW 2011, 1509, 1511; ähnlich auch schon BGH, Urt. v. 11.7.1995 – X ZR 42/93 II 3, NJW 1995, 3311, 3312; BGH, Urt. v. 15.6.2000 – I ZR 55/98, II 6b, NJW-RR 2000, 1635, 1638.

6 *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 119.

7 *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 16; *V. Schultz*, NJW 2017, 16, 20; *Arz/Gemmer*, JuS 2020, 935, 937; vgl. auch schon *Hansen*, JuS 1991, 588, 589 Anm. 23.

8 *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 178 f.; ähnlich auch schon *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 118 Anm. 84 a. E., der dem BGH „Unsicherheiten“ attestiert.

die tradierten Formulierungen als bloße Leitlinien ohne Anspruch auf Allgemeingültigkeit erscheinen. Das ist in der Entwicklung der letzten Jahrzehnte besonders augenfällig geworden; Zusammenhangslosigkeit wurde der Rechtsprechung in diesem Bereich allerdings auch schon früher bescheinigt.⁹ *Stephan* hat die Ambiguität des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bereits im Jahr 1968 trefflich eingefangen:¹⁰ Die Rechtsprechung verlange substantiiertes Bestreiten, wenn „(nur) der Bestreitende die Verhältnisse genau kennt“ – die Einklammerung lässt sowohl Regel als auch Ausnahme möglich erscheinen.

Auch die Literatur lässt einen einheitlichen Standpunkt vermissen. Mehrheitlich hält sie ein substantiiertes Bestreiten für geboten, wenn die Partei in der Lage ist, positive Angaben zu machen.¹¹ Daneben gibt es jedoch Stimmen, die ausdrücklich ein „einfaches“ Bestreiten gegenüber substantiierten Behauptungen genügen lassen und davon nur eine Ausnahme machen wollen, wenn sich der Darlegungsbelastete in einem Fall der „sekundären Darlegungslast“ in Informationsnot befindet.¹² Schließlich bleibt bei zahlreichen Ausführungen der eigentliche Standpunkt dunkel; zum Teil ist in den letzten Jahren nicht einmal mehr klar, ob im Rahmen des § 138 Abs. 2 ZPO zwischen substantiiertem Bestreiten einerseits und der „sekundären Darlegungslast“ andererseits begrifflich überhaupt noch differenziert werden soll.¹³

9 So etwa *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 85 f.; vgl. auch *Stürner*, ZJP 104 (1991), 203, 213 (Anm. zu BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89).

10 Vgl. *Stephan*, in: Zöller, ZPO, ¹⁰1968, § 138 III.

11 *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, ¹⁶2019, § 138 Rn. 10; *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, ⁵2016, Rn. 19 f.; *Wöstmann*, in: Saenger, ZPO, ⁸2019, § 138 Rn. 4; *Prütting/Gehrlein*, ZPO, ¹¹2019, § 138 Rn. 10; *Laumen*, in: Hdb. d. Beweislast, ⁴2019, S. 193, Rn. 86; *Zeiss/Schreiber*, ZPR, ¹²2014, S. 167 Rn. 383; *Musielak/Voit*, Grundkurs, ¹⁴2018, S. 260 Rn. 726; *Paulus*, Lehrbuch, ⁶2017, S. 107 Rn. 277; *Jauernig/Hess*, ZPO ³⁰2011, S. 175 § 43 III 2b; *M. Schwab*, ZPR, ⁵2016, S. 140 Rn. 239; Nachweise zur älteren Literatur fortlaufend in Kap. 1 B.

12 So vor allem *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 42 f. Rn. 57 f.; ihnen folgend *Bischoff*, JA 2010, 532, 534; so wohl auch *B/L/H/Anders*, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 18 f.; aus der älteren Literatur *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 66; *Wieczorek*, ZPO, ²1976, § 138 D I a–D Ia 3, *Blomeyer*, ZPR, ²1985, S. 307 § 59 I 3b.

13 Seit der 60. Aufl. 2002 synonyme Verwendung bei *B/L/A/Hartmann*, ZPO, vgl. dort § 138 Rn. 29. Undeutlich seit der 20. Aufl. 1983 auch *Stein/Jonas*, ZPO, wo seitdem die Erklärung *Leipolds* fortgeschrieben wird, verlange man eine Substantiierung des Bestreitens, „so heißt dies nichts anderes, als daß auch dem Gegner der primär behauptungs- und beweisbelasteten Partei eine gewisse (sekundäre) *Behauptungslast* auferlegt wird“, vgl. dort § 138 Rn. 28 (Hervorhebung im Original).

Im Folgenden soll die Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 2 ZPO kurz skizziert werden. Sie vermag in erster Linie Aufschluss über das Fehlen eindeutiger Maßstäbe zu geben. Ihr schließt sich ein Überblick zur Entwicklung der Rechtsprechung in den Jahrzehnten nach Inkrafttreten der ZPO an.

II. Überblick zur Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 2 ZPO

Bei den Vorarbeiten¹⁴ zu § 138 ZPO wurde die Frage, ob „einfaches“ oder substantiiertes Bestreiten erforderlich sein soll, unter zwei Gesichtspunkten diskutiert: Zum einen, ob es genügen sollte, die Behauptungen des Gegners „allgemein“ zu leugnen, oder es geboten sei, sich zu jeder Behauptung einzeln zu erklären;¹⁵ zum anderen, ob der Erklärung konkrete Gegenangaben zu Grunde zu legen seien.¹⁶ Für das „allgemeine Leugnen“ bedarf es zunächst einer Begriffsklärung.

1. Das „allgemeine“ Leugnen

Bis zum Jüngsten Reichsabschied im Jahr 1654 schwankte die Reichskammergerichtsordnung zwischen der Möglichkeit, eine Klage entweder nur summarisch zu begründen oder in einzelne Artikel zu zergliedern.¹⁷ Nur

14 Das sind – soweit hier von Interesse – in erster Linie die Beratungen über den Entwurf einer allgemeinen Civilprozessordnung für die Deutschen Bundesstaaten, welcher ob des Orts der Beratungen als Hannoverscher Entwurf bezeichnet wird (im Folgenden: HE) und die Beratungen über den Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund, vollständig veröffentlicht im Jahr 1870 (in folgenden: NE). – Der HE bildet zusammen mit dem im Jahr 1864 veröffentlichten Entwurf einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat (im Folgenden: PE) die Beratungsgrundlage für den NE. Von den unmittelbaren Vorarbeiten hervorzuheben sind noch der Entwurf des preußischen Justizministeriums (Entwurf einer deutschen Civilprozessordnung nebst Begründung, 1871; im Folgenden: E I) und der Entwurf der Sachverständigenkommission (Begründung des Entwurfs einer deutschen Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes, 1872; im Folgenden: E II, zitiert als *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881).

15 Prot. (HE) Bd. 14, 1865, S. 5008; Prot. (NE), 1868, S. 287 f.; Begr. zum E I, 1871, S. 293; *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 214.

16 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 87–89.

17 Vgl. zur Entwicklung im Einzelnen *Schwartz*, Civilproceß-Gesetzgebung, 1898, S. 81 f.; 108 f., 117 f., 121.

bei einer artikulierten Klage musste der Beklagte sich zu jeder einzelnen Behauptung mit den Worten „Wahr“ oder „Nicht wahr“ erklären;¹⁸ eine unbestimmte, d. h. nicht auf eine spezielle Behauptung bezogene Beantwortung konnte dann als Geständnis aufgefasst werden.¹⁹ Eine bloß summarisch vorgetragene Klage dagegen durfte der Beklagte ganz „allgemein“ verneinen, mit der Folge, dass der Kläger jede einzelne Behauptung zu beweisen hatte.²⁰ Der Jüngste Reichsabschied brach mit dieser Differenzierung und bestimmte, dass sich der Beklagte auch über eine summarisch vorgetragenen Klage zu jeder Behauptung einzeln zu erklären hatte, erklärte also zumindest augenscheinlich das „allgemeine“ Leugnen für unzulässig.²¹

2. Allgemeines Leugnen und Erforderlichkeit von Gegenangaben im Hannoverschen Entwurf

Für die Behandlung der Frage, ob nach der ZPO ein Bestreiten „allgemein“ oder zu jeder einzelnen Behauptung, und wenn ja, unter Zugrundelegung von Gegenangaben erfolgen soll, sind vor allem die Beratungen zum Hannoverschen Entwurf aufschlussreich. Dort herrschte die Auffassung vor, dass ein allgemeines Leugnen sämtlicher gegnerischen Behauptungen nicht zulässig sei. Stattdessen hatten sich die Parteien zu jeder Behauptung des Gegners einzeln zu erklären. So bestimmte der Entwurf nach erster Lesung:²²

„Thatsachen sind der Wahrheit gemäß, vollständig und bestimmt vorzutragen. Ein allgemeines Zugeständnis der von der Gegenpartei behaupteten Thatsachen ist zulässig, nicht aber ein allgemeines Ableugnen derselben. Jede Partei hat sich, den Fall eines allgemeinen Zugeständnisses ausgenommen, über jede einzelne von der Gegenpartei behauptete erhebliche Thatsache bestimmt zu erklären. [...]“

Man könnte versucht sein, aus dem Gebot, sich über jede einzelne Behauptung des Gegners auch „bestimmt“ zu erklären, die Erforderlichkeit kon-

18 Wetzell, System, ³1878, S. 947.

19 Schwartz, Civilproceß-Gesetzgebung, 1898, S. 82.

20 Vgl. Schwartz, Civilproceß-Gesetzgebung, 1898, S. 109.

21 Wetzell, System, ³1878, S. 947; vgl. aber zur inkonsequenten Durchführung Schwartz, Civilproceß-Gesetzgebung, 1898, 121 f.

22 (HE) Anlage C, 1863; vgl. auch Prot. (HE) Bd. 14, 1865, S. 5008.

kreter Gegenangaben zu folgern. Zur Klarstellung wurde vorgeschlagen, die Vorschrift dahingehend zu ergänzen, die Partei müsse sich bestimmt erklären „und (sagen,) wie sich die Sache anders verhält“. ²³ Schon der Jüngste Reichsabschied habe dies verlangt und es sei wünschenswert, dessen Bestimmung, die sich als praktisch bewährt habe, zu übernehmen, oder wenigstens mittels des Protokolls einen Anhaltspunkt für die dereinstige Auslegung geben. ²⁴ Gemeint war damit der § 37 JRA, in dem es heißt, der Beklagte habe „kurz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar“ zu sagen, „ob und worin das Factum anderst als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte [...]“. ²⁵

Der Vorschlag wurde indessen mehrheitlich abgelehnt ²⁶ und die vehement geführte Diskussion zeigt, dass hier ein grundsätzlicher Dissens bestand. Unter anderem wurde eingewandt, der Vorschlag greife tief in die Verteidigungsrechte der Parteien ein: Der Bestreitende wäre gegebenenfalls gezwungen, mit seiner Erklärung anspruchsbegründende Tatsachen, deren Beibringung eigentlich Sache des Darlegungsbelasteten sei, zu offenbaren. ²⁷ Dagegen wurde argumentiert, eine Erklärung, bei welcher es der Partei gestattet sein soll, Behauptungen in Abrede zu stellen ohne angeben zu müssen, wie es sich anders verhalte, hieße dem Richter die Wahrheit vorenthalten. ²⁸ Vermittelnd wurde auf das richterliche Fragerecht verwiesen; letzteres sei geeignet, im Einzelfall Abhilfe zu verschaffen. ²⁹

3. Allgemeines Leugnen und Erforderlichkeit von Gegenangaben in den späteren Entwürfen

Neben dem Hannoverschen Entwurf hatte sich auch der Preußische Entwurf gegen die Möglichkeit eines „allgemeinen“ Ableugnens ausgesprochen, wenn auch nicht in der gleichen Deutlichkeit. ³⁰ Zur Erforderlich-

23 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 87.

24 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 87.

25 Zitiert nach *Wetzell*, System, ³1878, S. 947.

26 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 89.

27 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 87.

28 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 88.

29 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, 87 f.

30 Vgl. § 259 Abs. 1 des Entwurfs: „Jede Partei ist verpflichtet, die Thatsachen, auf welche sie ihre Anträge gründet, bestimmt und unzweideutig anzugeben und sich über die von dem Gegner angeführten Thatsachen bestimmt und unzweideutig zu erklären.“

keit, den einzelnen Behauptungen des Gegners positive Angaben gegenüber zu stellen, findet sich hier nicht Eindeutiges. Im Norddeutschen Entwurf wurde dann aber auch die Zulässigkeit eines „allgemeinen“ Bestreitens wieder debattiert: Ob ein allgemeines Bestreiten genüge, sei eine tatsächliche, nicht generell zu entscheidende Frage, wobei Für und Wider dem richterlichen Fragerecht als Korrekturmittel in Zweifelsfällen argumentiert wurde.³¹ Das Ergebnis war, dass man der Würdigung eines allgemeinen Bestreitens im Einzelfall nicht durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung vorgreifen wollte.³² Zustimmung fand folgende Formulierung:³³

„Jede Partei hat sich, außer dem Falle eines allgemeinen Zugeständnisses, über die von dem Gegner behaupteten erheblichen Thatsachen so bestimmt zu erklären, daß nicht zweifelhaft bleibt, was zugestanden und was bestritten ist.“ (§ 310 des NE)

In den Begründungen zum E I und E II heißt es nur noch knapp unter Verweis auf die Protokolle zum Norddeutschen Entwurf, ob ein allgemeines Bestreiten ausreichend sei, müsse der Würdigung durch das Gericht im Einzelfall überlassen bleiben.³⁴ Es schließen sich einige grundsätzliche Überlegungen zur Rolle des Richters an:³⁵ Vollumfänglich kämen die Vorzüge des mündlichen Verfahrens nur bei einer ausgedehnten Verhandlungsleitung durch den Richter zur Geltung, der fördernd auf den Prozess und die Gestaltung des Rechtsstreits einwirken soll; die Ausführungen gehen fließend in die Begründung des Fragerechts i. S. v. § 139 ZPO über.

III. Schlussfolgerungen aus der Entstehungsgeschichte für das Normverständnis

Die im E II stark verdichtete Fassung des § 138 Abs. 2 ZPO lässt die während der Normgenese zutage getretenen Streitfragen nicht erkennen. Den Vorarbeiten zu dieser Vorschrift kann entnommen werden, dass eine Festlegung hinsichtlich der Erforderlichkeit einer konkreten Gegenklärung

31 Prot. (NE), 1868, S. 287 f.

32 Prot. (NE), 1868, S. 288.

33 Vgl. Prot. (NE), 1868, S. 288; hier in der redaktionellen Endfassung wiedergegeben, vgl. NE, 1870, § 310.

34 Begr. zum E I, 1871, S. 293; *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 214.

35 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 214 f.

im Rahmen des Bestreitens nicht gewollt war.³⁶ Statt abstrakt-genereller Regelungen vertraute man die Beurteilung, ob die Erklärung im Einzelfall als ausreichend anzusehen sei, dem Richter an, dem man mit dem Frage-recht ein wirksames Instrument an die Hand gegeben zu haben glaubte.³⁷ Da der Richter sich aber zunächst selbst die grundsätzliche Frage stellen muss, was nach der Prozessordnung als ausreichend und was als ungenügend anzusehen ist,³⁸ zeichnet sich hier bereits ab, dass die während der Ausarbeitung des § 138 ZPO zu Tage getretene Streitfrage nur auf eine andere Ebene verschoben worden ist. Weder genügt es daher, das Erfordernis eines substantiierten Bestreitens auf einen Umkehrschluss aus § 138 Abs. 4 ZPO zurückzuführen; denn dass die Erklärung mit Nichtwissen bei fehlender Kenntnis die Folgerung erlaubt, der Gesetzgeber habe im Rahmen des § 138 Abs. 2 ZPO bei entsprechender Kenntnis ein substantiiertes Bestreiten gewollt, greift angesichts der Entstehungsgeschichte dieser Norm zu kurz. Noch kann die Ansicht, die ein substantiiertes Bestreiten bei eigener Kenntnis grundsätzlich für erforderlich hält, rundweg als Auslegung *contra legem* abqualifiziert werden: Auch dem „einfachen“ Bestreiten wollte der Gesetzgeber keinen Vorrang einräumen. Das schließt nicht aus, dass sich der Prozessordnung an anderer Stelle eine Antwort entnehmen lässt. Es gilt daher, klare Grundsätze zum „einfachen“ und substantiierten Bestreiten zu erarbeiten, deren Begründung über Evidenzerlebnisse hinaus geht und die für sich in Anspruch nehmen können, der Konzeption der ZPO zu entsprechen.

IV. Entwicklung der Rechtsprechung nach Inkrafttreten der ZPO

Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 2 ZPO vermag die unsichere Behandlung der Materie durch die Rechtsprechung kaum zu überraschen. Als erste Entscheidungen, die sich mit den Anforde-

36 So auch *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 142, der zutreffend bemerkt, dass die weitergehende Ansicht *Stürmers*, § 138 Abs. 3 ZPO sei eine Kann-Vorschrift (vgl. Aufklärungspflicht, 1976, S. 238), nicht von den Materialien gedeckt ist. *Brehms* eigene Formulierung, § 138 Abs. 2 ZPO erlaube dem Richter nur ein „Ermessen“, ob „einfaches“ oder substantiiertes Bestreiten erforderlich sei, ist allerdings auch nicht ganz glücklich gewählt, vgl. Bindung des Richters, 1982, S. 142.

37 Vgl. auch *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 238 Anm. 11 a. E.

38 Ähnlich *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 13 Anm. 11 und S. 66 f.

rungen an die Qualität des Bestreitens näher auseinandersetzen, werden häufig RG JW 1911, 184 und RG JW 1912, 199 angeführt.³⁹

In RG JW 1911, 184 blieb die Ansicht der Vorinstanz, die vermissten positiven Angaben ließen darauf schließen, dass das Bestreiten „nicht ernstlich“ gemeint sei, im Ansatz unbeanstandet; da der Beklagte jedoch eingewandt hatte, zu positiven Angaben außerstande zu sein, hielt das Reichsgericht den Schluss im konkreten Fall für unzulässig.⁴⁰ RG JW 1912, 199 musste sich mit einer Konstellation auseinandersetzen, in welcher die Beklagte auf Frage des Gerichts, ob sie alle oder nur einzelne Behauptungen bestreiten wolle, entgegnete, sie wolle nicht alle Behauptungen bestreiten, könne aber keine weitere Erklärung abgeben; das Reichsgericht hielt dies für zu unbestimmt.⁴¹

Die Deutung jener Entscheidungen in der nachfolgenden Kommentarliteratur, mit Ausnahme der Fälle, in denen der Partei eine Substantiierung nicht zugemutet werden könne, sei „im allgemeinen“ nur das Bestreiten mittels einer positiven Gegendarstellung als ernstlich anzusehen,⁴² ist konsequent. Sie geht jedoch in ihrer Verbindlichkeit über das tatsächlich Gesagte deutlich hinaus. Verhaltener gibt sich der ins Nachschlagewerk des Reichsgerichts aufgenommene Leitsatz einer Entscheidung aus dem Jahr 1910:

„Der § 138 sagt nicht, *wie* jede Partei sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären habe. Es kann daher das bloße Bestreiten ausreichen, um die Geständnisfolge auszuschließen. Hierüber aber [sic] ob nicht vielmehr mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der aufgestellten Behauptungen mehr, als ein allgemeines Bestreiten erforderlich sei, hat das Gericht unter Würdigung der Umstände des Falles zu entscheiden.“⁴³

39 Vgl. etwa *Morhard*, Informationspflicht, 1993, S. 9.

40 RG, Urt. v. 1.12.1910 – VII ZR 223/10, JW 1911, 184.

41 RG, Urt. v. 5.12.1911 – II ZR 247/11, JW 1912, 199.

42 Vgl. Stein/*Jonas*, ZPO, ¹²1925, § 138 I 2; ab der 15. Aufl. 1934 wieder zu Gunsten einer relativierenden Formulierung aufgegeben, vgl. auch aktuell *Kern*, in: Stein/*Jonas*, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 30.

43 RG, Urt. v. 23.4.1910 – I ZR 199/09, NSW ZPO § 138 Nr. 6 (Hervorhebung im Original; richtig müsste es – wie auch in der Entscheidung selbst – „oder“ statt „aber“ heißen, vgl. BArch R 3001/8182, fol. 91, 92).

Damit wird gleichsam auf den Ausgangspunkt zurückverwiesen. Erst eine frühe Entscheidung des BGH bezieht deutlicher Position:⁴⁴ Der Kläger behauptete dort, der Beklagten die Lieferung von 500 Tonnen Stahl zum Preis von 50.000 DM vermittelt zu haben und berechnete davon ausgehend die Höhe seines Provisionsanspruchs. Die Beklagte beschränkte sich zunächst darauf, ohne weitere Angaben die Höhe des Anspruchs zu bestreiten.⁴⁵ Nach Ansicht des BGH durfte das Berufungsgericht dieses Bestreiten zu Recht als unwirksam ansehen:⁴⁶ Da die Beklagte selbst an dem streitigen Geschehen beteiligt gewesen sei, müsse sie ihrem Bestreiten positive Gegenangaben zu Grunde legen. Grundsätzliche Erwägungen lässt aber auch diese Entscheidung vermissen.

Während sich ein Teil der Literatur nach Inkrafttreten der ZPO schon bald darauf festlegte, das positive Gegenangaben dort, wo sie möglich sein müssten, als substantiiertes Bestreiten von der Partei zu fordern seien,⁴⁷ sollte rund ein Jahrhundert vergehen, bevor schließlich BGH NJW-RR 1986, 60 diesen Gedanken in aller Klarheit zur Doktrin erhob.⁴⁸ Auch dort fehlt es jedoch an einer Begründung, warum das substantiierte Bestreiten bei entsprechender Kenntnis der Partei grundsätzlich geboten sein soll.

B. Die Erforderlichkeit des substantiierten Bestreitens

Ein anschauliches Beispiel, an dem die Erforderlichkeit eines substantiierten Bestreitens diskutiert werden kann, findet sich bei *Brehm*:⁴⁹ Der Kläger verlangt Kaufpreiszahlung in Höhe von 1.000 EUR. Der Anspruch ist dem Grunde nach unstreitig, streitig ist allein die Höhe. Der Beklagte hält die geforderten 1.000 EUR für unzutreffend, weil er davon überzeugt ist, dass nur 800 EUR vereinbart worden sind. Er hat allerdings kein Interesse daran, das Bestreiten des behaupteten Kaufpreises auf eine substantiierte Ge-

44 BGH, Urt. v. 19.12.1953 – II ZR 27/53, BGHZ 12, 49; vgl. auch *Morhard*, 1993, Informationspflicht, S. 17.

45 BGH, Urt. v. 19.12.1953 – II ZR 27/53, BGHZ 12, 49, 50.

46 BGH, Urt. v. 19.12.1953 – II ZR 27/53, BGHZ 12, 49, 50.

47 *Weismann*, Lehrbuch, 1903, S. 112, § 35 III 2; *O. Fischer*, Lehrbuch, 1918, S. 167; *Stein/Jonas*, ZPO, ¹²1925, § 138 I 2.

48 Grundsätzliche Überlegungen finden sich schon in der Entscheidung BGH NJW 1961, 826, 828, auf die BGH NJW-RR 1986, 60 auch Bezug nimmt; dort kommen sie allerdings nur unvollkommen zum Ausdruck.

49 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 87; ähnlich auch *Braun*, ZPR, 2014, S. 506 § 32 II 2b.

gendarstellung zu stützen; denn dann wäre bei Angabe des nach Auffassung des Beklagten vereinbarten Kaufpreises – 800 EUR statt 1.000 EUR – das klägerische Begehren zum (Groß-)Teil begründet.⁵⁰

Aus dem Wahrheitsgebot des § 138 Abs. 1 ZPO ergibt sich die Pflicht, irreführende und entstellend verkürzte Erklärungen zu unterlassen. Daher kommt es von vornherein nicht in Betracht, dass die Partei lapidar die *Vereinbarung* des Kaufpreises mit dem Hintergedanken bestreitet, der Preis sei jedenfalls nicht *so* vereinbart worden. Damit würde irreführenderweise der Eindruck erweckt, es sei gar kein Preis vereinbart worden.⁵¹ Statt die Vereinbarung des behaupteten Kaufpreises als solche in Abrede zu stellen, muss deutlich werden, dass der Anspruch lediglich der Höhe nach bestritten wird. Der Bestreitende muss also sagen, es sei anders gewesen. Ob er auch sagen muss, weshalb es anders gewesen sein soll, ergibt sich daraus noch nicht. Letzteres wird aber überwiegend gefordert: Derjenige, der nicht die Vereinbarung eines Kaufpreises als solche, sondern nur die Höhe desselben bestreitet, müsse angeben, welcher Kaufpreis stattdessen vereinbart worden sein soll.⁵² Die Begründungsansätze hierzu sind vielfältig; gemeinsam ist ihnen, dass sie sich nicht mit dem als Wortlautauslegung schon zweifelhaften, bei historischer Betrachtung unhaltbaren Evidenzargument zufriedengeben, substantiiertes Bestreiten sei erforderlich, „weil es so in § 138 Abs. 2 ZPO steht.“⁵³

I. Gebot zu konkreten Gegenangaben auf Grund der Wahrheitspflicht

Teilweise wird § 138 Abs. 1 ZPO ein Gebot zu konkreten Gegenangaben im Rahmen des Bestreitens entnommen, da sich die Partei nach dem Wortlaut dieser Norm nicht nur wahrheitsgemäß, sondern darüber hinaus

50 Die Parallele zum Stahlgeschäfte-Fall (siehe oben A IV) ist unübersehbar: Dort räumt die Beklagte schließlich ein, statt der behaupteten 500 Tonnen zu 50.000 DM immerhin 300 Tonnen zu 30.000 DM vermittelt bekommen zu haben, nachdem sie die Höhe zunächst unzulässigerweise „einfach“ bestritten hatte, vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1953 – II ZR 27/53, BGHZ 12, 49, 50.

51 Braun, ZPR, 2014, S. 506 § 32 II 2b.

52 Weismann, Lehrbuch, 1903, S. 112 § 35 III 2; Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 87; Braun, ZPR, 2014, S. 508 § 32 II 2b; Papanikolaou, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 102.

53 So aber E. Schneider, MDR 1969, 579, 580 (Anm. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.10.1968 – 15 U 94/68); vgl. auch ders, MDR 1962, 361, 363, wo versichert wird, dass nur substantiiertes Bestreiten zulässig sei, ergäbe sich „eindeutig“ aus § 138 Abs. 2 ZPO.

auch *vollständig* zu erklären habe.⁵⁴ Vollständig, so die Überlegung, sei nur ein substantiiertes Bestreiten, durch das dem Vortrag des Gegners positive Angaben in Form einer Gegendarstellung entgegengehalten werden.⁵⁵ Eine Variante dieser Auffassung findet sich bei *Schönke*:⁵⁶ Aus dem Vor-spruch zur Novelle 1933 ergebe sich jetzt eine „Mitwirkungspflicht“ der Parteien; der Gegner sei verpflichtet alles zu tun, um das Rechtsverhältnis zwischen ihm und der anderen Partei aufzuklären und dürfe sich daher in der Regel nicht auf ein reines Bestreiten beschränken.

Beide Varianten sind in ihrer Deutung des § 138 Abs. 1 ZPO nicht frei von Zweifeln. Vollständigkeit ist richtigerweise nur ein Teilaspekt der Wahrheitspflicht und verbietet in entstellender Weise verkürzte Erklärungen.⁵⁷ Die Annahme einer neben die Wahrheitspflicht tretenden selbst-ständigen Vollständigkeitspflicht erscheint angesichts der Normgenese zu-mindest unbelegt. Im Reichsgesetzblatt wurde § 138 Abs. 1 ZPO auch nur unter der Überschrift „Wahrheitspflicht“ abgedruckt.⁵⁸ Obgleich der Sache nach bloßer Teilaspekt der Wahrheitspflicht, ist die Hervorhebung der Vollständigkeit im Gesetzeswortlaut nicht unplausibel, wie bereits *Lent* ausgeführt hat:⁵⁹ Es wird in Teilen der Bevölkerung ein Unterschied ge-macht zwischen einer direkten Lüge und einem entstellenden Verschwei-gen. Dementsprechend kennt die ZPO auch an anderer Stelle die Eides-norm des § 392 S. 3 ZPO dahingehend, dass der Zeuge nach bestem Wis-sen die reine Wahrheit gesagt und nicht verschwiegen habe.⁶⁰ Ein Gebot zum substantiierten Bestreiten kann sich bei zutreffendem Verständnis des § 138 Abs. 1 ZPO als reine Wahrheitspflicht aus dieser Norm nicht erge-ben.⁶¹

Was die „Mitwirkungspflicht“ *Schönkes* anbelangt, drängt sich der Schluss auf die Unzulässigkeit eines „einfachen“ Bestreitens aus der ver-

54 Schönke/Kuchinke, ZPR, ⁹1969, S. 220 f. § 47 II 1; *Blunck*, MDR 1969, 99.

55 *Blunck*, MDR 1969, 99.

56 *Schönke*, ZPR, ¹1938, S. 5 § 2 III 1a; ebenso RG, Urt. v. 10.3.1941 – II ZR 87/40, RGZ, 166, 240, 242.

57 Vgl. statt vieler *Gerken*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 12 f.; so auch schon *Lent*, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 46 f. VII 3.

58 Vgl. Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933, RGBl. I, 780 und *Rosenberg*, ZZP Bd. 58 (1934), 283, 286.

59 *Lent*, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 47.

60 *Lent*, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 46.

61 BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, B 3c, NJW 1961, 826, 828; *von Greyerz*, Ne-gative Tatsachen, 1963, S. 58 f.; *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 89 Anm. 127.

meintlichen Quelle dieser Pflicht, dem Vorspruch zur Novelle 1933, nicht gerade auf. Ein Blick auf die einschlägige Textpassage⁶² unter Hervorhebungen desjenigen Teils, den *Schönke* für seine These beansprucht,⁶³ mag dies verdeutlichen:

„Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozessverschleppung zu mißbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat, entspricht die Pflicht, *durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern.*“

Inhaltliche Schwerpunkte der Novelle sind die Positivierung der Wahrheitspflicht sowie Regelungen zur strafferen Zusammenfassung des Streitstoffes, zwei Aspekte, die in der Gesetzesbegründung, der gesamten Vorrede⁶⁴ und auch gerade in der oben wiedergegebenen Passage deutlich herausgestellt werden. Vor diesem Hintergrund spricht die Vorrede von einer Pflicht zur redlichen und sorgfältigen Prozessführung. Weder ist das „einfache“ Bestreiten unwahr, noch wird sich hier eine Prozessverschleppungsabsicht feststellen lassen. Letzteres folgt schon daraus, dass in zahlreichen Fällen der Prozess nicht beschleunigt wird, wenn die Partei ihrem Bestreiten positive Gegenangaben zu Grunde legt, so etwa auch, wenn der Beklagte einräumt, statt der geforderten 1.000 EUR seien 800 EUR vereinbart worden – über den streitigen Restbetrag muss dann weiterhin Beweis erhoben werden. Und selbst wenn die geforderte Redlichkeit sich nicht in dem Lügeverbot erschöpfen sollte, wird man sie nicht einfach mit einer weitreichenden Mitwirkungspflicht gleichsetzen können. Eine allgemeine „Mitwirkungspflicht“, aus der sich Rückschlüsse für die Zulässigkeit eines „einfachen“ Bestreitens ergeben, kann daher der Novelle 1933 nicht entnommen werden.

II. Freie Verhandlungswürdigung gem. § 286 ZPO

Eine Spielart der sich auf § 138 Abs. 1 ZPO berufenden Ansicht meint, dass ein „einfaches“ Bestreiten auf eine fehlende innere Überzeugung von

62 Vgl. RGBI. I, 780

63 Vgl. *Schönke*, ZPR, 1938, S. 5 § 2 III 1a

64 Siehe dazu oben Teil I, Kap. 2 B III.

der Richtigkeit desselben hindeute.⁶⁵ Aus einem Unterlassen positiver Gegenangaben dort, wo diese möglich sein müssten, sei im Rahmen der Verhandlungswürdigung nach § 286 ZPO der Schluss zu ziehen, dass die Partei in Wahrheit keine erheblichen Gegenangaben machen könne,⁶⁶ so etwa auch, wenn die Höhe der gegnerischen Forderung ohne eigene Gegenangaben „einfach“ bestritten wird.⁶⁷ Zuzustimmen ist dem Ausgangspunkt dieser Ansicht, wonach zu fragen ist, wie der Richter ein Bestreiten ohne Gegenangaben verstehen darf. Geradezu kontrafaktisch ist aber der Schluss, die Partei könne in diesem Fall wahrheitsgemäß keine erheblichen Gegenangaben machen.⁶⁸ *Blunck* hat den Aussagegehalt des „einfachen“ Bestreitens prägnant zusammengefasst:⁶⁹

„Das einfache Bestreiten ist die höhnische Erklärung an das Gericht: ‚Ich weiß, daß es nicht so war, wie der Kläger behauptet, aber ich sage Euch nicht, wie es wirklich gewesen ist.‘“

Wer die Höhe des Kaufpreises bestreitet und gegebenenfalls nach Rückfragen dahin präzisiert, es sei ein *niedrigerer* als der behauptete Preis vereinbart worden, bietet keinen Anhaltspunkt, der auf einen Wahrheitspflichtverstoß hindeuten würde. Vielmehr gibt die Partei zu verstehen, dass sie über Wissen verfügt, welches ihre Erklärung stützt. Das Zurückhalten dieses Wissens mag man zwar für nicht sonderlich rücksichtsvoll halten; wahrheitswidrig ist die Erklärung, es sei ein niedrigerer Preis vereinbart worden, aber nicht.

III. Substantiiertes Bestreiten als Verpflichtung aus Treu und Glauben

Weismann gibt in seinem Lehrbuch aus dem Jahr 1903 folgende Erklärung für die Notwendigkeit eines substantiierten Bestreitens:⁷⁰

65 So etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.5.1993 – 5 U 160/92, 1b, OLGZ 1994, 80, 84; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 30; *Lent*, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 56; *Blunck*, MDR 1969, 99, 100.

66 *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 30; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 52 f.; *Blunck*, MDR 1969, 99, 100.

67 Vgl. RG, Urt. v. 1.12.1910 – VII ZR 223/10, JW 1911, 184, 185.

68 Ähnlich auch schon *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 87.

69 *Blunck*, MDR 1969, 99.

70 *Weismann*, Lehrbuch, 1903, S. 112, § 35 III 2.

„Das bloße Leugnen genügt allerdings, wenn die Tatsache gänzlich in Abrede gestellt werden soll. Wird sie aber nur in bestimmter Hinsicht bestritten, so genügt nicht die Erklärung, *daß* sich die Tatsache anders, es muss auch angegeben werden, *wie* sich die Sache verhalte. So fordert es Treu und Glaube des Prozeßverkehrs.“

Vereinzelt hat die apodiktische Bezugnahme auf Treu und Glauben auch in der Rechtsprechung Zustimmung gefunden.⁷¹ Eine Pflicht zum Bestreiten mit positiven Gegenangaben allein auf diesen amorphen Topos zu stützen, begegnet jedoch in mehrfacher Hinsicht Bedenken. Zuvorderst hat eine Übertragung des Rechtsgedankens aus § 242 BGB auf das Prozessrecht die dort vorherrschende antagonistische Interessenlage zu beachten, sodass jenseits der vom Gesetzgeber auferlegten Mitwirkungspflichten grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist.⁷² Aber auch wenn man Treu und Glauben als Einfallstor einer teleologischen Betrachtung versteht, welche möglich bleiben muss, wenn sich aus dem Gesetz keine andere Antwort findet – die isolierte Bezugnahme birgt hier doch zumindest Widersprüche. Glaubt der Bestreitende etwa, es sei ein niedrigerer Preis vereinbart worden, heißt das aus seiner Sicht im Umkehrschluss, dass der von der Gegenseite behauptete Preis irrtümlich oder gar mutwillig überhöht angegeben wurde (sodass es im letzteren Fall schon zweifelhaft erscheinen mag, ob es die Redlichkeit noch gebietet, auch dann den für richtig gehaltenen Teil der Behauptung unstreitig zu stellen, wenn die Gegenseite – vermeintlich – selbst diesem Gebot zuwiderhandelt).

Stellt sich der geforderte Preis aus Sicht des Bestreitenden als Irrtum dar, müsste sich aus Treu und Glauben die Verpflichtung ergeben, den Darlegungsbelasteten ohne Weiteres auf seinen Irrtum aufmerksam zu machen. Das ist nicht unplausibel, steht jedoch in Widerspruch zu den Voraussetzungen, unter denen das materielle Recht hier einen ebenfalls auf Treu und Glauben gestützten Auskunftsanspruch gewährt: Neben einer bestehenden Sonderverbindung setzt dieser Auskunftsanspruch u. a. voraus, dass der Anspruchsberechtigte sich *unverschuldet* über die begehrten Informationen im Unklaren befindet, was der Auskunftssuchende zur prozesualen Durchsetzung seines Anspruchs auch darzulegen und zu beweisen hat.⁷³ Eine initiative Informationspflicht der bestreitenden Partei bedeutet aber zwangsläufig, dass der Gegenseite die Darlegung des fehlenden Ver-

71 So etwa BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, B 3c, NJW 1961, 826, 828.

72 Paulus, ZPR, ⁶2017, S. 130 Rn. 331.

73 Vgl. zu den Voraussetzungen Krüger, in: Münchener Kommentar zum BGB, ⁸2019, § 260 Rn. 13–20.

schuldens erspart wird, sodass die prozessuale Informationspflicht mit dem materiellen Auskunftsverlangen außer dem jeweiligen Anspruch, ein Gebot der Redlichkeit zu sein, nichts mehr gemein hätte. Es erscheint schwer verständlich, weshalb das universelle Gebot der Redlichkeit solch unterschiedliche Folgen zeitigen sollte.

IV. Erheblichkeitskontrolle; Festlegung des Streitprogramms

Das Erfordernis einer konkreten Gegendarstellung könnte sich aus dem Grundsatz rechtfertigen, dass es zur Überprüfung der Erheblichkeit des Bestreitens konkreter Tatsachen bedarf.⁷⁴ Alleine mit der abstrakten Wertung, es habe sich „anders“ zugetragen, werden keine Tatsachen mitgeteilt, aus denen sich ein anderer Sachverhalt ergeben könnte.⁷⁵ Eine solche Erklärung ist für das Gericht nicht verwertbar.⁷⁶ *Brehm* erklärt, wer gegenüber dem geforderten Kaufpreis lediglich angibt, es sei „anders“ gewesen, lasse eben auch ein *höheren* als den vom Gegner geforderten Betrag möglich erscheinen – dann wäre das Bestreiten aber nicht erheblich, und der Anspruch auf Kaufpreiszahlung begründet.⁷⁷ Der Gedanke bedarf noch einer Ergänzung: Erklärt etwa der Bestreitende ausdrücklich, aber lakonisch, der Kaufpreis sei *niedriger* als der behauptete Betrag gewesen, wird man diese Erklärung nicht als vollständig unerheblich ansehen können. Ergänzend wird daher gefordert, dass die Erklärung des Bestreitenden das *Streitprogramm* festlegen soll, und zwar in dem Sinne, dass ausschließlich über denjenigen Teil der gegnerischen Tatsachenbehauptung Beweis erhoben wird, den der Bestreitende nicht bereits für richtig hält.⁷⁸ Nur ein solches Vorgehen entspräche dem Zweck der Beweisaufnahme: Die richterliche Überzeugungsbildung soll klären, welche Tatsachen dem Urteil zu Grunde gelegt werden; gehen beide Parteien von dem gleichen Tatbestand aus, ist eine Beweisaufnahme hierzu obsolet.⁷⁹ Dabei geht es weniger um eine Begrenzung des Arbeitsaufwands für das Gericht und der Belästigung der Zeugen;⁸⁰ teilweise mag zwar auch diese Überlegung ihre Berechtigung haben, in anderen Fällen, so auch im Beispiel der streitigen Kauf-

74 So etwa *Blunck*, MDR 1969, 99; *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 63 f.

75 *Blunck*, MDR 1969, 99.

76 *Blunck*, MDR 1969, 99.

77 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 87.

78 Vgl. nur *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 88–90.

79 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 63 f.

80 Vgl. dazu aber *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 100.

preishöhe, erscheint sie allerdings wenig zwingend: Wenn der Beklagte einen Teilbetrag unstreitig stellt, ist die Belastung des Gerichts und etwaiger Zeugen zur Aufklärung des Restbetrages unterschiedslos zu dem Fall, in dem der Beklagte es bei einem „einfachen“ Bestreiten des vollständigen Betrages belässt. Entscheidend ist vielmehr, dass der Beweisbelastete davor geschützt wird, den Prozess wegen eines *non liquet* in der Beweisaufnahme zu verlieren, obwohl der Gegner von der Richtigkeit der Tatsachenbehauptung ausgeht.⁸¹

Im Fall des Kaufpreises, der mit 1.000 EUR angegeben wurde, würde ein „einfaches“ Bestreiten der Höhe desselben mit dem Wissen, dass 800 EUR vereinbart waren, zu einer Beweisaufnahme führen, obwohl nur ein Differenzbetrag von 200 EUR als unrichtig angesehen wird. Nur hinsichtlich des Differenzbetrags ist es jedoch erforderlich, eine verbindliche Entscheidung herbeizuführen, und nur für diesen Teil der Behauptung soll der Beweisbelastete das Risiko eines *non liquet* tragen.

V. Zwischenergebnis; Standpunkt der Gegenansicht

Die Erforderlichkeit des substantiierten Bestreitens im Rahmen von § 138 Abs. 2 ZPO wird aus unterschiedlichen Gesichtspunkten zu begründen versucht, wobei diese oft kumulativ in Betracht gezogen werden. So führt etwa bereits das OLG Celle in einer Entscheidung aus dem Jahr 1934 zur Unzulässigkeit des „einfachen“ Bestreitens gegenüber einer substantiierten Behauptung aus:

„Das Erfüllen der Erklärungs- und Wahrheitspflicht vereinfacht den Streitstoff, vermindert unter Umständen auch den Streitgegenstand und erspart damit unnötige Kosten und Arbeit [...]“⁸²

Damit soll allerdings nicht überspielt werden, dass die Einzelbegründungen unterschiedlich überzeugend und insgesamt nicht zwingend sind. Eine Ansicht, die in der Vollständigkeit nach § 138 Abs. 1 ZPO mehr als nur ein Teilaspekt der Wahrheitspflicht sehen will, ist ahistorisch und daher abzulehnen. Ebenso ist aus dieser Norm respektive der Vorrede zur Novelle 1933 keine „allgemeine Mitwirkungspflicht“ zu entnehmen. Auch kann das „einfache“ Bestreiten nicht allein deshalb nach § 286 ZPO als un-

81 Stürmer, Aufklärungspflicht, 1976, S. 11 f., Nicoli, JuS 2000, 584 und 587, 589, Papanikolaou, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 101.

82 OLG Celle, Beschl. v. 28.5.1934 – 2 W 134/34, DJ 1934, 914, 915.

wahr abqualifiziert werden, weil es keine positiven Gegenangaben enthält. Eine analoge Anwendung des § 242 BGB birgt Widersprüche zu den Voraussetzungen des materiell-rechtlichen Auskunftsanspruchs, der aus dem gleichen Topos hergeleitet wird.

Überzeugend ist allein die Festlegung des Streitprogramms in dem Sinne, dass nur über denjenigen Teil der gegnerischen Tatsachenbehauptung Beweis erhoben wird, den der Bestreitende nicht bereits für richtig hält. Es geht um den Schutz des Beweisbelasteten. Bei diesem Zwischenergebnis kann die Betrachtung jedoch nicht stehen bleiben, denn dass gerade letzteres der Konzeption der ZPO entsprechen soll, wird so nicht begründet, sondern vorausgesetzt.

Ebenso apodiktisch lässt sich der Standpunkt einnehmen, dass es alleine Sache des Beweisbelasteten sei, dem Gericht die notwendige Überzeugung über die Tatsachen zu verschaffen, die zu seinem prozessualen Obsiegen notwendig sind.⁸³ Die Funktion des Bestreitens bestünde demnach darin, den Gegner zum Beweis der ihm günstigen Tatsachen zu zwingen, auch wenn diese teilweise für zutreffend erachtet werden⁸⁴ – sinngemäß: „Selbst wenn die Behauptungen des Gegners richtig sind – soll er sie doch erst einmal beweisen!“⁸⁵ *Balzer* als vehementer Verfechter dieser Ansicht bildet dazu folgendes Beispiel:⁸⁵ Der Kläger behauptet, im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages seien 375 Dioden geliefert worden; der Beklagte glaubt hingegen, es sei nur eine Lieferung von 220 Dioden erfolgt. *Balzer* meint, der Beklagte dürfe den *gesamten* Lieferumfang „einfach“ bestreiten und den Kläger so zum Beweis auch der für richtig gehaltenen Menge zwingen, da es keine allgemeine Verpflichtung gebe, „sich selbst ans Messer zu liefern.“⁸⁶ Unvereinbar mit der Wahrheitspflicht ist ein solches Vorgehen, wie bereits gezeigt wurde, nicht:⁸⁷ Wer den für überhöht gehaltenen Lieferumfang subjektiv wahrheitsgemäß „einfach“ bestreitet, macht keine entstellenden Angaben, die gegen § 138 Abs. 1 ZPO verstoßen würden.

Sowohl die Ansicht, der zufolge substantiierte Gegenangaben notwendig sind, um das Streitprogramm so festzulegen, dass ausschließlich über

83 So vor allem *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 43 f. Rn. 51–53; von *Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 66; *Wieczorek*, ZPO, ²1976, § 138 D I a–D Ia 3, *Blomeyer*, ZPR, ²1985, S. 307 § 59 I 3b; *Bischoff*, JA 2010, 532, 534.

84 So ausdrücklich *Wieczorek*, ZPO, ²1976, § 138 B III b, der weitergehend auch ein „einfaches“ Bestreiten für zulässig hält, wenn die Partei vollständig von der Richtigkeit der gegnerischen Behauptung überzeugt ist.

85 Vgl. *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 43 f. Rn. 51–53.

86 Vgl. *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 43 f. Rn. 53.

87 Vgl. auch schon von *Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 58 f.

jenen Teil der gegnerischen Tatsachenbehauptung Beweis erhoben wird, den der Bestreitende nicht bereits für richtig hält, als auch die Gegenansicht, die ein „einfaches“ Bestreiten als reines Beweisverlangen für zulässig hält, bleiben den Nachweis schuldig, dass die jeweilige Auffassung nach der ZPO geboten ist. Notwendig ist eine Begründung, die für sich in Anspruch nehmen kann, der Konzeption des Gesetzes zu entsprechen – angesichts der historischen Ausgangslage ein Unterfangen, das nur auf Umwegen möglich ist. Im Folgenden sollen zwei systematische Überlegungen den Nachweis erbringen, dass die ZPO grundsätzlich ein substantiiertes Bestreiten verlangt.

VI. Historisch-systematische Betrachtung des Einlassungszwangs in der ZPO

Ausgangspunkt der Betrachtung sind zunächst die in § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO normierten Säumnisfolgen: Danach gilt das tatsächliche mündliche Vorbringen als zugestanden. Bevor im Wege der historischen Auslegung die Motive für diesen faktischen Einlassungszwang⁸⁸ offen gelegt werden, stellt sich die Frage, ob es überhaupt einen systematischen Zusammenhang zwischen der unterbliebenen Einlassung im Rahmen der §§ 331 ff. ZPO und § 138 Abs. 2 und 3 ZPO geben kann. Der Übertragbarkeit von Wertungen zur Säumnis auf die Ebene des Bestreitens scheint ein Hindernis in Gestalt des § 334 ZPO im Wege zu stehen: Nach dieser Norm finden die Säumnisvorschriften ausdrücklich keine Anwendung, wenn die Partei im Termin verhandelt, sich aber über Tatsachen, Urkunden oder Anträge auf Parteivernehmung nicht erklärt.

Bei genauerer Betrachtung erweist sich diese Norm jedoch nicht als Hürde. § 334 ZPO liegt nämlich nicht der Gedanke zu Grunde, dass zwischen einer unterlassenen Einlassung in Form des vollständigen Ausbleibens und einer unterlassenen Einlassung in Form unzureichender Erklärungen ein prinzipieller Unterschied bestünde – im Gegenteil. Die Begründung des E II will zwischen „totaler“ Säumnis und „teilweiser“ Säum-

88 Richtigerweise ist die Einlassung für den Beklagten eine prozessuale Last, die nicht erzwungen werden kann, vgl. *Goldschmidt*, ZPR, ²1932, S. 106 f. § 35. „Einlassungslast“ ist aber eine sprachliche Verunstaltung, und für den Beklagten, der zur Einlassung *genötigt* wird – so *R. Schmidt*, Lehrbuch, ²1910, S. 397 f., der sich in diesem Zusammenhang gegen die Begriffe „Pflicht“ und „Zwang“ wendet – stellt sich die drohende Folge einer unterbleibenden Einlassung doch zumindest als faktischer Zwang dar.

nis im Sinne des unvollständigen Verhandelns hinsichtlich der *Rechtsfolgen* unterscheiden, weil eine Gleichbehandlung „zu den größten praktischen Schwierigkeiten führen müsste“.⁸⁹ Bei partieller Säumnis wäre ansonsten ein Teil des Rechtsstreits – nämlich diejenigen Erklärungen, die ordnungsgemäß erfolgt sind – durch kontradiktorisches Urteil zu entscheiden, jedoch in Form des Versäumnisurteils, soweit die Erklärungen unvollständig sind, mit der Möglichkeit eines Einspruchs gegen diesen Teil des Rechtsstreits.

Die Einspruchsmöglichkeit gegen ein Versäumnisurteil wegen teilweise unvollständiger Erklärungen sei angesichts der „Verwirrung des Verfahrens und endloser Verzögerung“ abzulehnen; das Privileg der Einspruchsmöglichkeit soll bei partieller Säumnis daher nicht gewährt werden.⁹⁰ Stattdessen wird die Partei mit der teilweise versäumten Prozesshandlung ausgeschlossen, vgl. § 138 Abs. 3 ZPO, woraus sich jedoch angesichts des Prozessleitungsamts des Richters, namentlich seines Fragerechts, keine beachtliche Gefährdung der Parteinteressen ergebe.⁹¹ Unvollständiges Verhandeln und totale Säumnis sind also gewissermaßen vom gleichen Stamm, mit dem Unterschied, dass aus praktischen Gründen härtere Rechtsfolgen – Zugeständnisfiktion ohne Einspruchsmöglichkeit – an die partielle Säumnis geknüpft werden. Dies vorangestellt, sollen die Überlegungen, die der Gesetzgeber zur Bedeutung der totalen Säumnis im Prozess angestellt hat, näher in den Blick genommen werden.

Bei Ausarbeitung der ZPO musste sich der Gesetzgeber zwischen verschiedenen Modellen entscheiden, wie mit der Säumnis einer Partei zu verfahren ist.⁹² In Betracht kam unter anderem die sog. negative Litiskonstestation: Der unterbliebenen Einlassung wird die Bedeutung beigelegt, alle Tatsachenbehauptungen des Gegners zu bestreiten, unabhängig davon, ob sie für richtig gehalten werden oder nicht.⁹³ Der Beweisbelastete muss in der Folge alle ihm günstigen Tatsachen beweisen, also auch solche, die der Gegner möglicherweise für richtig hält.⁹⁴ Die ZPO hat diesem Modell jedoch eine Absage erteilt und folgt stattdessen dem Modell der sog. affirmativen Litiskonstestation:⁹⁵ Bei unterbliebener Einlassung des Gegners

⁸⁹ Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien, Bd. 2, ²1881, S. 292 f.

⁹⁰ Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien, Bd. 2, ²1881, S. 296 f.

⁹¹ Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien, Bd. 2, ²1881, S. 297.

⁹² Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien, Bd. 2, ²1881, S. 293 f.; dazu auch *Braun*, ZPR, 2014, S. 24–30 § 2 III.

⁹³ Vgl. *Braun*, ZPR, 2014, S. 26 § 2 III 2.

⁹⁴ Vgl. *Braun*, ZPR, 2014, S. 27 § 2 III 2.

⁹⁵ Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien, Bd. 2, ²1881, S. 293 f.

gelten die tatsächlichen Behauptungen des Darlegungsbelasteten als zugestanden, vgl. § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Für das Beispiel des Kaufpreises, dessen Höhe teilweise für richtig gehalten wird, heißt das: Im Modell der *negativen* Litiskontestation könnte der Beklagte nicht erscheinen, seine unterbliebene Einlassung würde den Kläger zum Beweis zwingen. Der Beklagte könnte also implizit Tatsachen bestreiten, von deren Richtigkeit er bereits ausgeht – etwa den Teilbetrag des Kaufpreises – indem er einfach säumig bleibt. Nach der ZPO hingegen gelten bei unterbliebener Einlassung gem. § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO die klägerischen Behauptungen als zugestanden. Der Beklagte kann also nicht den Kläger zum Beweis auch solcher Tatsachen, die er selbst für richtig hält zwingen, indem er sich gar nicht einlässt.

Das legt nahe, dass es auch im Rahmen des § 138 Abs. 2 und 3 ZPO nicht zulässig sein kann, gegnerische Behauptungen, die für richtig gehalten werden, „einfach“ zu bestreiten und den Gegner so zum Beweis derselben zu zwingen. Wenn die Partei gerade nicht wie im abgelehnten Modell der negativen Litiskontestation in den Genuss kommen soll, in Form der Säumnis durch ihr implizites Bestreiten ohne Gegenangaben den Gegner zum Beweis selbst solcher Tatsachen zu zwingen, die beide Parteien für richtig halten – warum sollte dies bei einem expliziten Bestreiten ohne Gegenangaben der Fall sein? Überzeugender erscheint es, dass nach der Konzeption der ZPO der Beweisbelastete nur diejenigen Tatsachen zu beweisen hat, die der Gegner nicht bereits für richtig erachtet, sodass von letzterem positive Gegenangaben zu fordern sind, um die Festlegung des Streitprogramms in diesem Sinn zu ermöglichen.⁹⁶

Ein dazu wesensgleiches⁹⁷ Argument ergibt sich aus einer Betrachtung der Folgen einer verweigerten Parteivernehmung gem. § 446 ZPO.

96 So offenbar auch Papanikolaou, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 100 unter Bezugnahme auf Braun, ZPR, 2014, S. 24–27 § 2 III.

97 Vgl. zur Parallele der Folgen von Säumnis einerseits und verweigerter Parteivernehmung andererseits bereits Stürmer, Aufklärungspflicht, 1976, S. 239 m. w. N.

VII. Antizipierte Beweisvereitelung als abschließender Wertungsgesichtspunkt

Bereits *Stürner* hat den Zusammenhang zwischen Parteivernehmung und Erklärungslast nach § 138 ZPO herausgestellt:⁹⁸ Spätestens im Rahmen einer Parteivernehmung muss der Richter entscheiden, wie mit einer Partei umzugehen ist, die bewusst erhebliche Informationen zurückhält. Es soll daher zunächst geklärt werden, welche Rechtsfolge die Erklärungsverweigerung im Rahmen der Parteivernehmung hat. In einem zweiten Schritt wird gefragt, ob die Wertungen im Rahmen der Parteivernehmung auch bereits auf der Ebene des Bestreitens Berücksichtigung finden können.

1. Beweisvereitelung in der Parteivernehmung; Sanktion

Als Rechtsfolge einer verweigerten Parteivernehmung sieht § 446 ZPO vor, dass das Gericht unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage, insbesondere etwaiger Entschuldigungsgründe, nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, ob es die behauptete Tatsache für erwiesen erachtet. Die Norm ist in ihrer Fassung missglückt, da sie zwischen einem redundanten Verweis auf den Grundsatz der freien Verhandlungswürdigung nach § 286 ZPO und der Einräumung eines richterlichen Ermessens zu schwanken scheint.⁹⁹ Die freie Verhandlungswürdigung nach § 286 ZPO allein kann nicht erklären, warum die gegnerische Behauptung bei verweigerter Vernehmung ganz oder zum Teil als zugestanden anzusehen sein soll.¹⁰⁰ Ungünstige Schlüsse, wie es häufig heißt, lassen sich aus der verweigerten Vernehmung in der Tat ziehen, allerdings gerade nicht in dem Sinne, dass der Gegner damit zu verstehen geben würde, er halte die gegnerische Behauptung für vollständig wahr: Es bleibt vielmehr offen, welchen Teil der Behauptung er für richtig hält.¹⁰¹ Die Behauptung für vollständig erwiesen zu erachten, beruht nicht auf einer entsprechenden Überzeugung, sondern sucht einen Ausgleich zu der beabsichtigten Beweisvereitelung zu schaf-

98 Vgl. *Stürner*, ZZP 104 (1991), 203, 213 (Anm. zu BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89).

99 Vgl. auch *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 241 f.

100 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 85–87; vgl. auch *Blomeyer*, AcP 158 (1959), 97, 98,

101 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 241 f., 243.

fen.¹⁰² § 286 ZPO gestattet eine solche Sanktion des Parteiverhaltens nicht.¹⁰³ Jedoch können nach allgemeiner Ansicht an eine Beweisvereitelung Rechtsfolgen geknüpft werden, welche die aus der Vereitelung resultierenden Schwierigkeiten kompensieren sollen,¹⁰⁴ so auch im Falle der verweigerten Parteivernehmung nach § 446 ZPO.¹⁰⁵ Daher ist die beweisbelastete Partei des Beweises ihrer Behauptung zu entheben und es dem Gegner zu überlassen, die richterliche Überzeugung von der als wahr zu unterstellenden Behauptung durch Führen des Gegenbeweises zu erschüttern.¹⁰⁶ Nur so können die aus der Beweisvereitelung resultierenden Schwierigkeiten adäquat¹⁰⁷ kompensiert werden. Über Gebühr wird der Gegner damit nicht belastet: Anders als in den typischen Fällen der Beweisvereitelung, in denen Beweismittel nicht gesichert oder gar vernichtet wurden, hat es der Gegner hier in der Hand, durch Mitteilung seines Wissens Abhilfe zu schaffen.¹⁰⁸

2. Antizipierte Beweisvereitelung durch „einfaches“ Bestreiten

Die verweigerte Erklärung stellt sich im Rahmen der Parteivernehmung demnach regelmäßig als Beweisvereitelung dar, die dadurch zu kompensieren ist, dass die beweisbelastete Partei des Beweises enthoben wird. Es ist also nach der ZPO im Rahmen der Parteivernehmung durchaus geboten, sich entweder gleichsam selbst ans Messer zu liefern oder die Sanktion einer Verweigerung zu erdulden. Dem müssten im Ergebnis auch die Befürworter eines „einfachen“ Bestreitens zustimmen. Fraglich ist allerdings, ob dieser Wertung auch bereits auf Ebene des Bestreitens Rechnung zu tragen ist. Das ist richtigerweise zu bejahen: Wer Behauptungen des Gegners „einfach“ bestreitet, obwohl ihm Gegenangaben hierzu möglich sein müss-

102 Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 241.

103 Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 141.

104 Vgl. dazu statt vieler Saenger, in: ZPO, ⁸2019, § 286 Rn. 95–97.

105 Vgl. nur Huber, in: Musielak/Voit, ZPO, ¹⁶2019 § 446 Rn. 1.

106 Vgl. Saenger, ZPO, ⁸2019, § 286 Rn. 97; ähnlich Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 249.

107 Die Adäquanz der Rechtsfolge ist an sich nicht unproblematisch, da unklar ist, ob der Beweis überhaupt Erfolg gehabt hätte und die Partei, welche den Beweis möglicherweise nur fahrlässig vereitelt hat, sich damit gleichsam selbst des einzigen Beweismittels zur Widerlegung beraubt haben kann, vgl. auch schon Blo-meyer, AcP 158 (1959), 97, 102 f.

108 Vgl. dazu auch Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 143.

ten, gibt noch vor der Beweisaufnahme zu verstehen, dass er zwar den Gegner zum Beweis zwingen, eine Mitwirkung aber verweigern und sich dennoch die Beweisfähigkeit des anderen zugutehalten will.¹⁰⁹ Man könnte hier von einer *antizipierten* Beweisvereitelung sprechen. Ein solches Verhalten ist bereits auf Ebene des Bestreitens zu ahnden. Es wäre widersinnig, ein Bestreiten ohne konkrete Gegenangaben zunächst als ausreichend anzusehen, um in eine Beweisaufnahme einzutreten, an deren Ende die verweigten Angaben dann im Rahmen des § 446 ZPO der Partei als Beweisvereitelung vorgehalten wird.

Gegen die Übertragbarkeit der im Rahmen des § 446 ZPO regelmäßig nachteiligen Wertung verweigelter Angaben auf die vorgelagerte Ebene des Bestreitens wird eingewandt, das damit gegen eine vermeintlich im Gesetz zum Ausdruck kommende Konzeption – Sanktion der verweigten Angaben erst im Rahmen des § 446 ZPO – verstoßen würde.¹¹⁰ Jedenfalls dann, wenn vorrangige Beweismittel durch den Beweisführer benannt wurden, seien diese auszuschöpfen und verweigte Angaben erst im Rahmen des § 446 ZPO zu berücksichtigen.¹¹¹

Zunächst ist auf die immanente Unbilligkeit hinzuweisen, die sich bei Befolgung dieser Ansicht aus dem subsidiären Charakter der Parteivernehmung ergeben würde: Letztere ist gem. § 445 Abs. 2 ZPO nicht statthaft, wenn sich das Gericht aus den vorrangigen Beweismitteln bereits eine gegenteilige Überzeugung gebildet hat. Ein „einfaches“ Bestreiten würde es mithin der Partei erlauben, ihre Angaben in der Hoffnung zurückhalten, das Gericht werde sich *fälschlich* eine Überzeugung vom Gegenteil bilden, sodass die Vernehmung nicht mehr statthaft und die Verweigerung nicht mehr sanktionierbar ist. Denn der Beweisgegner hält die entscheidungserheblichen Tatsachen ja nicht in dem Glauben zurück, das Gericht werde sich durch vorrangige Beweismittel von der Richtigkeit der Behauptung überzeugen.

Auch kann nicht unwidersprochen bleiben, es entspräche der Konzeption des Gesetzes, verweigte Angaben erst im Rahmen des § 446 ZPO zu ahnden. Dass § 446 ZPO eine eigene Regelung hierfür schafft, ist dem Ablauf des Verfahrens geschuldet: Denn im Normalfall ist zum Zeitpunkt des Bestreitens noch nicht klar, dass die bestreitende Partei inkonsequenter-

109 Ähnlich auch schon *Lent*, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 56.

110 *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 159 f.; *Braun*, ZPR, 2014, S. 507 § 32 II 2b.

111 *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 159 f.; *Braun*, ZPR, 2014, S. 507 § 32 II 2b.

weise in der Beweisaufnahme eine Vernehmung ablehnen wird. In Abwandlung des Kaufpreis-Beispiels könnte etwa der Beklagte eingeräumt haben, es seien statt der behaupteten 1.000 EUR richtigerweise 800 EUR als Kaufpreis vereinbart worden. Über den noch streitigen Differenzbetrag wird Beweis erhoben. Wenn sich der Beklagte dann unerwartet in der Beweisaufnahme einer Parteivernehmung hinsichtlich des Differenzbetrages verweigert und sich damit nun für das Gericht erkennbar in Widerspruch zu seiner vorangegangenen Erklärung setzt, kann dies auch erst zu diesem Zeitpunkt entsprechend sanktioniert werden. Steht hingegen von Anfang an fest, dass die bestreitende Partei den Gegner zwar zum Beweis zwingen will, entscheidungserhebliche Tatsachen aber zurückhält, kann bereits zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen werden, dass die gegnerische Behauptung jedenfalls zum Teil als richtig angesehen wird und im Übrigen die Beweisführung des Gegners entsprechend erschwert werden soll.

Richtigerweise ist daher einer solchen antizipierten Beweisvereitelung bereits auf der Ebene des Bestreitens Rechnung zu tragen: In Ermangelung etwaiger Entschuldigungsgründe gilt die gegnerische Behauptung gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.¹¹² Das entspricht im Ergebnis der gleichen Wertung, die auch im Rahmen des § 446 ZPO vorgenommen wird und begründet für die Partei keine besondere Härte, weil sie es selbst in der Hand hat, für Aufklärung zu sorgen und so die Zugeständnisfiktion abzuwenden.

VIII. Ergebnisse

Als Ergebnis ist daher festzuhalten: Gegenüber einer schlüssigen Behauptung muss eine substantiierte Gegenerklärung erfolgen. Die Gegenerklärung muss erkennen lassen, welcher Teil der gegnerischen Behauptung nicht für richtig und daher für beweisbedürftig gehalten wird. Tatsachenbehauptungen, die beide Parteien für richtig erachten, können nicht Gegenstand einer Beweisaufnahme sein. Dass diese Festlegung des Streitprogramms nach der ZPO geboten, ein „einfaches“ Bestreiten als reines Beweisverlangen hingegen abzulehnen ist, kann auf zwei Gesichtspunkte gestützt werden: Die historisch-systematische Betrachtung zeigt, dass es dem Bestreitenden nicht gestattet sein soll, ohne konkrete Gegenangaben durch Säumnis alle gegnerischen Behauptungen zu bestreiten, den Gegner also zum Beweis selbst solcher Tatsachen zu zwingen, die beide für richtig hal-

¹¹² Ähnlich auch *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 248.

ten. Das dient dem Schutz des Beweisbelasteten. Dieser Wertung lässt sich nur dadurch konsequent Rechnung tragen, wenn es der Partei, die zwar erscheint, ihr Bestreiten aber wiederum nicht auf konkrete Gegenangaben stützt, verwehrt bleibt, den Gegner damit zum Beweis sämtlicher Tatsachenbehauptungen zu zwingen. Gleiches folgt aus dem Gedanken der antizipierten Beweisvereitelung: Im Rahmen des § 446 ZPO führen verweigte Angaben, sofern keine Entschuldigungsgründe ersichtlich sind, zu dem Schluss, dass die gegnerische Behauptung jedenfalls zum Teil für richtig gehalten wird und die Verweigerung nur den Sinn hat, dem Gegner den Beweis zu erschweren. Aus der Beweisvereitelung resultierende Schwierigkeiten sind dadurch zu kompensieren, dass die beweisbelastete Partei des Beweises enthoben wird. Steht von Anfang an fest, dass die bestreitende Partei den Gegner zum Beweis zwingen will, konkrete Gegenangaben aber verweigert, ist dieses Verhalten auch bereits auf der Ebene des Bestreitens zu missbilligen. Die Partei hat es in der Hand, unter Vermeidung der Zugeständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO durch positive Gegenangaben den Rechtsstreit auf jene Tatsachen zu begrenzen, die sie nicht bereits für richtig hält.

C. Das Verhältnis von einfachem und substantiiertem Bestreiten

Bisher konnte gezeigt werden, dass die Rechtsprechungslinie Zustimmung verdient, wonach die Partei grundsätzlich substantiiert, also mit positiven Angaben zu bestreiten hat, wenn die behaupteten Vorgänge sich in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben und ihr daher ein substantiierter Gegenvortrag möglich sein müsste.¹¹³ Im Folgenden soll geklärt werden, wie sich dieser Befund mit der Rechtsprechungslinie verträgt, wonach ein „einfaches“ Bestreiten „in der Regel“ möglich und nur ausnahmsweise substantiiertes Bestreiten geboten sein soll, wenn die darlegungsbelastete Partei außerhalb des Geschehens steht.

I. Anerkannte Fälle des einfachen Bestreitens

Es gibt einige Ausnahmekonstellationen, in denen ein einfaches Bestreiten allgemein Anerkennung erfährt. So ist das einfache Bestreiten unzweifelhaft dort möglich, wo eine Behauptung vollständig in Abrede gestellt wer-

¹¹³ Vgl. nur BGH, Urt. v. 11.6.1985 – VI ZR 265/83, II 3, NJW-RR 1986, 60.

den soll und eine Erheblichkeitsprüfung möglich ist.¹¹⁴ „Der Darlehns-empfang wird bestritten“ ist etwa als Erklärung zu einer behaupteten Darlehnsschuld eindeutig zu verstehen: Das Darlehn wurde nicht valuiert.¹¹⁵ In solchen Fällen, in denen gleichsam mit einem bloßen „Ja“ oder „Nein“ geantwortet werden könnte,¹¹⁶ ist es der Partei gestattet, den unmissverständlichen Aussagegehalt ihrer Erklärung durch die Kurzformel des einfachen Bestreitens zu ersetzen: Etwas, nämlich die gegnerische Behauptung, „wird bestritten“. Wer hingegen nur die Höhe des gegebenen Darlehns bestreiten will, muss der Behauptung positive Gegenangaben entgegensetzen.¹¹⁷

Daneben findet sich in Rechtsprechung¹¹⁸ und Literatur¹¹⁹ der Satz, wonach die Partei auf eine „pauschale“ Behauptung hin ebenso „pauschal“ respektive „einfach“ bestreiten können soll. Das ist eine Formel von zweifelhaftem Wert,¹²⁰ jedenfalls aber ohne Allgemeingültigkeit: Entweder die Behauptung ist schlüssig, dann können vom Gegner auch Gegenangaben verlangt werden, oder sie ist nicht schlüssig, dann braucht der Gegner gar nicht, auch nicht „einfach“ zu bestreiten. Dass es „pauschale“ Behauptungen geben soll, die dem Gegner zur Vermeidung einer Zugeständnisfiktion zumindest ein „einfaches“ Bestreiten abnötigen sollen, folgert die Literatur maßgeblich aus der Rechtsprechung des BGH zu sog. Rechtstat-sachen und pauschalen Posten.¹²¹ Letzteres sind Fälle, in denen stark abstrahierte Tatsachenbehauptungen, nämlich aus mehreren Positionen zusammengesetzte Summen, nur „pauschal“, d. h. ohne Mitteilung der zu Grunde liegenden Einzelpositionen, geltend gemacht werden.

Bei den pauschalen Posten ist schon fraglich, ob die Partei sich gegenüber einer solchen Behauptung überhaupt erklären muss: Die rechnerische Zusammensetzung der Anspruchshöhe ist Teil der Schlüssigkeitsprüfung, die das Gericht im Falle einer Säumnis gem. § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO durch-

114 Vgl. schon *Weismann*, Lehrbuch, 1903, S. 112 § 35 III 2.

115 Vgl. *Zeiss/Schreiber*, ZPR, ¹²2014, S. 167 Rn. 383.

116 *E. Schneider*, Die Klage, S. 504, ³2007, Rn. 2415.

117 Vgl. auch *Zeiss/Schreiber*, ZPR, ¹²2014, S. 167 Rn. 383.

118 Vgl. BGH, Urt. v. 27.5.1982 – I ZR 35/80, II, GRUR 1982, 681, 683, dort mit unzutreffendem Verweis auf *B/L/A/Hartmann*, ZPO, ⁴⁰1982, § 138 ZPO Anm. 4.

119 Statt vieler *Prütting/Gehrlein*, ZPO, ¹¹2019, § 138 Rn. 10.

120 *Hartmann* selbst bemerkt zu BGH GRUR 1982, 681, dass ein substantiiertes Bestreiten eben doch unabhängig vom Umfang des (schlüssigen) Gegenvortrags geboten sein kann, widrigenfalls das Gericht davon ausgehen muss, dass das Bestreiten ohne Grund erfolgt, vgl. ⁴²1984, § 138 Anm. 4 A.

121 Vgl. etwa die Darstellung bei *Greger*, in: *Zöller*, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 8a m. w. N.

zuführen hätte. Bei den sog. Rechtstatsachen stellt sich hingegen die Frage, wieso es dem Gegner gestattet werden soll, bei einer schlüssigen Tatsachenbehauptung – nur sofern man die sog. Rechtstatsachen als solche auffasst – Gegenangaben, die ihm hierzu möglich sein müssten, zurückzuhalten.¹²² Hier können die Bedenken gegen die Notwendigkeit respektive Zulässigkeit eines „einfachen“ Bestreitens in den zuletzt genannten Fällen zurückstehen, da es sich jeweils um Ausnahmekonstellationen handelt. Damit bleibt zu klären, wie der Grundsatz, wonach schlüssige Behauptungen substantiiert zu bestreiten sind, sich mit der Rechtsprechungslinie verträgt, der zufolge „in der Regel“ ein „einfaches“ Bestreiten ausreicht und nur ausnahmsweise bei Informationsnot des Darlegungspflichtigen ein substantiiertes Bestreiten erforderlich sein soll.

II. Rechtsprechungsanalyse zum Regel-Ausnahme-Verhältnis

Eine Rechtsprechungsanalyse soll zeigen, wie die divergierenden Leitlinien entstanden sind und weshalb der eklatante Widerspruch, trotz gelegentlicher Hinweise seitens der Literatur, weitgehend unbemerkt geblieben ist.

1. „Eine Last zum substantiierten Bestreiten besteht nicht schlechthin“ – BGH NJW 1961, 826

Quelle fortgesetzter Missverständnisse ist die sog. *Pressedienst*-Entscheidung BGH NJW 1961, 826.¹²³ Dort heißt es eingangs, eine Pflicht zum substantiierten Bestreiten bestünde nicht „schlechthin“.¹²⁴ Dies schließe jedoch eine Darlegungslast des Gegners nicht aus, wenn der außerhalb des Geschehens stehenden Partei die genaue Kenntnis der Tatsachen fehlt, der Gegner sie dagegen hat und leicht die erforderliche Aufklärung beibringen kann.¹²⁵

Für sich genommen könnten diese Ausführungen so verstanden werden, dass ein substantiiertes Bestreiten nur ausnahmsweise, nämlich im Fall der Informationsasymmetrie erforderlich sein soll. Das wäre jedoch zu kurz gegriffen, denn unmittelbar daran anschließend heißt es:¹²⁶

122 Siehe oben Teil I, Kap. 1 C II 2.

123 Siehe dazu bereits oben Teil I, Kap. 2 D IV 2.

124 Vgl. BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, B 3c, NJW 1961, 826, 828.

125 BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, B 3c, NJW 1961, 826, 828.

126 Vgl. BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, B 3c, NJW 1961, 826, 828.

„Unter diesen Gesichtspunkten hat die Rspr. eine Darlegungslast des Bekl. z.B. angenommen, wenn er, auf Zahlung mehrerer Einzelposten in Anspruch genommen, lediglich erklärt, nicht alle Posten seien berechtigt, ohne zu sagen, welche nicht begründet seien (RG, JW 11, 184; 12, 199). An diesen Grundsätzen, die sich aus der allgemeinen Pflicht zu redlicher, mit den Geboten von Treu und Glauben zu vereinbarender Prozeßführung ergeben, ist festzuhalten.“

Bei den als Beispiel für die Erforderlichkeit des substantiierten Bestreitens referenzierten Entscheidungen RG JW 1911, 184 und RG JW 1912, 199 lag gerade *keine* Informationsasymmetrie vor.¹²⁷ Entscheidend war vielmehr, dass der Gegner jeweils über das notwendige Wissen verfügte, um seinem Bestreiten positive Gegenangaben zu Grunde zu legen. Als unzureichend wurde das „einfache“ Bestreiten in diesen Entscheidungen angesehen, weil sich der Gegner weigerte, auf die schlüssige Behauptung hin zu erklären, welcher Teil der gegnerischen Behauptung nicht für richtig und mithin beweisbedürftig gehalten wurde. Das deckt sich auch mit dem vom BGH selbst zu entscheidenden Fall: Dort hatte der Kläger behauptet, der beklagte konkurrierende Pressedienst verfüge in Wahrheit nicht über die in seiner Werbung angepriesene Zahl an Mitarbeitern, die laufend Beiträge leisteten; der Beklagte weigerte sich, die genaue Anzahl der laufend Beiträge leistenden Mitarbeiter mitzuteilen.¹²⁸

Die Kernaussage in BGH NJW 1961, 826 ist also, dass ein substantiiertes Bestreiten „nicht schlechthin“, aber immer dann notwendig sein soll, wenn die Partei über entsprechendes Wissen verfügt – und so fügt es sich auch, dass in BGH NJW-RR 1986, 60, wo dieser Gedanke in unmissverständlicher Klarheit ausgesprochen wird, die *Pressedienst*-Entscheidung als Beleg angegeben wird.¹²⁹

2. Rezeption der *Pressedienst*-Entscheidung BGH NJW 1961, 826

Andere Schlussfolgerungen zog hingegen ein Urteil des OLG Frankfurt aus dem Jahr 1968: Unter Referenz der *Pressedienst*-Entscheidung heißt es dort, eine Last zum substantiierten Bestreiten sei nur dann anzunehmen, wenn dem Darlegungsbelasteten eine genaue Kenntnis der Tatsachen

127 Siehe dazu oben A IV.

128 Vgl. BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, B 3c, NJW 1961, 826, 828.

129 Vgl. BGH, Urt. v. 11.6.1985 – VI ZR 265/83, II 3, NJW-RR 1986, 60.

fehlt, während der Gegner über sie verfügt und ihm eine Aufklärung möglich und zumutbar ist; ein „einfaches und allgemeines“ Bestreiten sei dann „ausnahmsweise“ nicht ausreichend.¹³⁰ Das vom OLG Frankfurt angenommene Regel-Ausnahme-Verhältnis blieb – von vereinzelter Kritik abgesehen¹³¹ – weitgehend unbeachtet. Dabei war das OLG in seiner Deutung der *Pressedienst*-Entscheidung nicht allein: In der Kommentarliteratur bemerkte *Stephan* mit Blick auf BGH NJW 1961, 826 vorsichtig, die Rechtsprechung verlange substantiiertes Bestreiten, wenn „(nur) der Bestreitende die Verhältnisse genau kennt“.¹³²

In der nachfolgenden Rechtsprechung des BGH findet die Deutung, ein substantiiertes Bestreiten sei *nur* bei Informationsasymmetrie notwendig, jedoch keine ausdrückliche Zustimmung. Im Gegenteil: Im Jahr 1970 konstatiert der I. Senat, nach anerkannter Rechtsprechung genüge ein „einfaches“ Bestreiten nur, wenn die Partei zu positiven Gegenangaben nicht in der Lage ist oder ihr solche den Umständen nach nicht zugemutet werden können.¹³³ Der VII. Senat weist dies im Jahr 1976 als herrschende Meinung aus.¹³⁴ Als Gegenansicht wird die Kommentierung zu § 138 ZPO durch *Wieczorek* angegeben, auf die sich auch schon das OLG Frankfurt berufen hatte.¹³⁵ Dort heißt es, „regelmäßig“ genüge ein „allgemeines“ Bestreiten.¹³⁶ Denn das Bestreiten sei die Willenserklärung, die Richtigkeit der Behauptung nachprüfen lassen zu wollen, selbst wenn der Bestreitende die Behauptung bereits für richtig halte.¹³⁷ Unabhängig davon, ob man diese Überlegung nachvollziehen kann: Jedenfalls teilte der BGH im Jahr 1976 diese Auffassung nicht.

130 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.10.1968 – 15 U 94/68, MDR 1969, 579.

131 Ablehnend zum vermeintlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis allein *E. Schneider*, MDR 1969, 579, 580 (Anm. zu OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.10.1968 – 15 U 94/68).

132 Vgl. *Stephan*, in: Zöller, ZPO, ¹⁰1968, § 138 III. – *Stephan* selbst ging in einem Umkehrschluss zu § 138 Abs. 4 ZPO davon aus, dass ein substantiiertes Bestreiten bei eigener Kenntnis in der Regel zumutbar sei, vgl. Zöller, ZPO, ¹⁰1968, § 138 IV.

133 BGH, Urt. v. 24.4.1970 – I ZR 69/68, IV 2b, juris, Tz. 17.

134 BGH, Urt. v. 1.7.1976 – VII ZR 294/74, II 2a, WM 1976, 1089.

135 Vgl. BGH, Urt. v. 1.7.1976 – VII ZR 294/74, II 2a, WM 1976, 1089; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.10.1968 – 15 U 94/68, MDR 1969, 579.

136 *Wieczorek*, ZPO, ²1976, § 138 D I a. – Geradezu entstehend ist dort die Angabe von RG JW 1911, 184 als vermeintlicher Beleg für ein „regelmäßig“ genügendes „allgemeines“ Bestreiten, vgl. zu dieser Entscheidung oben A IV.

137 Vgl. *Wieczorek*, ZPO, ²1976, § 138 B III b und D I.

3. „Die ZPO kennt keine allgemeine Aufklärungspflicht“ – BGH NJW 1990, 3151

Ein Rechtsprechungswechsel dahingehend, dass ein „einfaches“ Bestreiten der Regelfall sein soll, lässt sich auch der späteren Entscheidung BGH NJW 1990, 3151 nicht entnehmen, die von einem Teil der Literatur allerdings so gedeutet wird. Im Leitsatz wendet sich der II. Senat gegen eine begrifflich von *Stürner* geprägte „allgemeine Aufklärungspflicht“:¹³⁸ Über die anerkannten Fälle des substantiierten Bestreitens hinaus kenne die ZPO eine solche Pflicht des Gegners nicht. Daraus folgern nun manche, dass der BGH ein substantiiertes Bestreiten „nur“ in Fällen von Informationsasymmetrie für erforderlich halte.¹³⁹ Diese Folgerung übersieht jedoch den Ausgangspunkt, welcher den Senat zu seinen Ausführungen veranlasst: Dort geht es allein um die Frage, ob sich der Gegner auch dann substantiiert erklären muss, wenn sich die darlegungsbelastete Partei auf wenig konkrete Vermutungen beschränkt – *das* muss er nach Ansicht des Senats nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn der Darlegungsbelastete außerhalb des Geschehens steht und daher keine nähere Kenntnisse der maßgeblichen Tatsachen hat. Was die Entscheidung hier an Deutlichkeit vermissen lässt, kann an Hand der zuvor bestehenden Rechtsprechungspraxis des Senats nachvollzogen werden: So erklärt *Bundschuh*, der dem Senat zeitweilig angehörte, grundsätzlich habe die Partei substantiiert, d. h. mit näheren Angaben zu erwidern; diese Pflicht bestehe jedoch nicht schlechthin, *sondern nur dann, wenn der Gegner zuvor seiner Darlegungslast nachgekommen sei* – steht der Darlegungsbelastete jedoch außerhalb des Geschehensablaufes, müsse die Gegenseite, welche die Verhältnisse kennt, auch einen solchen Vortrag substantiiert bestreiten.¹⁴⁰ Dass der Gegner substantiierte Behauptungen grundsätzlich ebenso substantiiert zu bestreiten hat, wird also durch BGH NJW 1990, 3151 in keiner Weise negiert und stünde obendrein in Widerspruch zu den in der Entscheidung angeführten Belegstellen.¹⁴¹

Ablehnend steht der Senat der „allgemeinen Aufklärungspflicht“ gegenüber, weil er sie wohl zum einen – fälschlicherweise – in der Nähe der von

138 Vgl. BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151.

139 So etwa *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 43 f. Rn. 53 und S. 46–50.

140 Vgl. *Bundschuh*, EWiR 1985, 913 (Anm. zu BGH, Urt. v. 4.2.1985 – II ZR 142/84)

141 *Arens*, auf den sich der Senat beruft, nimmt ausdrücklich an, das substantiierte Behauptungen grundsätzlich substantiiert, d. h. mittels einer Gegendarstellung bestritten werden müssen, vgl. ZZP 96 (1983), 1, 2 und 4.

Peters geprägten Lehre zur Zulässigkeit von Geratewohl-Behauptungen wähnt.¹⁴² Das meint auch der seitens des Senats wiedergegebene Satz, grundsätzlich sei niemand gehalten, dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, *über das dieser nicht schon von sich aus verfügt*.¹⁴³ Zum anderen, und insoweit zutreffend, wird der von *Stürner* geforderte Umfang des Aufklärungsbeitrags für weitergehend gehalten, als das § 138 Abs. 2 ZPO zu entnehmen ist, da nach jener Lehre nicht bloß ein substantiiertes Bestreiten vom Gegner verlangt werden kann, sondern dieser gehalten sein soll, alle denkbaren und zumutbaren Aufklärungsbeiträge zu leisten.¹⁴⁴

Kernaussage der Entscheidung ist also nicht, dass regelmäßig ein „einfaches“ Bestreiten ausreichend wäre, sondern, dass ein substantiiertes Bestreiten im Fall der Informationsasymmetrie ausnahmsweise auch dann notwendig sein soll, wenn die außerhalb des Geschehens stehende darlegungsbelastete Partei ihre Behauptungen in Form von Vermutungen vorgetragen hat.¹⁴⁵ Nur gegenüber einer anhaltslosen, aufs Geratewohl aufgestellten Vermutung braucht sich der Gegner nicht zu erklären.

4. „In der Regel genügt das einfache Bestreiten“ – BGH NJW 1993, 1782

Erst im Jahr 1993 findet sich dann in einer Entscheidung des BGH die Formulierung, „einfaches“ Bestreiten sei „in der Regel“ ausreichend.¹⁴⁶

142 Jedenfalls tut dies *Arens*, vgl. ZZP 96 (1983), 1, 10 und 14, der dem Senat in der Wiedergabe der „Aufklärungspflicht“ als Gewährsmann dient. – Dass die „Aufklärungspflicht“ im Sinne *Stürners* alles andere voraussetzungslos ist, hat *Stürner* selbst in einer Anmerkung zur BGH-Entscheidung klargestellt, vgl. ZZP 104 (1991), 203, 210, 213; tatsächlich stellt *Stürner* mit seiner Plausibilitätskontrolle *strengere* Anforderungen, als dass die Rechtsprechung tut, siehe oben Teil I, Kap. 1 D III. Zu den Kuriositäten des Falls zählt es, dass *E. Peters* als Verfechter der Zulässigkeit von Geratewohl-Behauptungen sich in einem rund 3 Monate vor der BGH-Entscheidung erschienenen Beitrag gewissermaßen als (Mit-)Begründer einer dann wohl tatsächlich voraussetzungslosen „allgemeinen Prozessförderungs-“ oder auch „Mitwirkungspflicht“ zu erkennen gegeben hat, vgl. *ders.*, in: FS Schwab, 1990, S. 399–408.

143 Vgl. BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89, III 1, NJW 1990, 3151; die dort angeführte Belegstelle BGH NJW 1958, 1491 hat die Unzulässigkeit eines ausforschenden Beweisantrages zum Gegenstand; vgl. auch *Arens*, ZZP 96 (1983), 1, 4.

144 Vgl. BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89, III, NJW 1990, 3151 und *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 151.

145 Vgl. auch *Prütting/Gehrlein*, ZPO, ¹¹2019, § 138 Rn. 11.

146 Vgl. BGH, Urt. v. 23.3.1993 – VI ZR 176/92, II 3a, NJW 1993, 1782, 1783.

„In der Regel genügt gegenüber einer Tatsachenbehauptung des darlegungspflichtigen Klägers das ‚einfache Bestreiten‘ des Beklagten. Nur ausnahmsweise sind von letzterem, wenn er die wesentlichen Tatsachen kennt, während der Kläger außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht, zumutbare nähere Angaben zu verlangen (vgl. z. B. BGHZ 86, 23, 29).“

Hier wird also ein Regel-Ausnahme-Verhältnis dergestalt angenommen, dass eine substantiierte Gegenerklärung *nur* erfolgen soll, wenn der eigentlich Darlegungsbelastete sich in einer Informationsnot befindet. Der angegebene Rechtsprechungsbeleg BGHZ 86, 23 betrifft auch tatsächlich einen Fall von Informationsasymmetrie.¹⁴⁷ Dort heißt es unter Anknüpfung an die *Pressedienst*-Entscheidung, wenn der Darlegungsbelastete außerhalb des Geschehens stehe, während der Gegner alle wesentlichen Tatsachen kenne, genüge ein „einfaches“ Bestreiten nicht.¹⁴⁸ Die Schlussfolgerung, dass *nur* in diesem Fall ein substantiiertes Bestreiten erwartetet werden darf, ist aber nicht der Belegstelle zu entnehmen, sondern die originäre – und irrige – Wiedergabe seitens BGH NJW 1993, 1782.

Bei konsequenter Befolgung der neugeschaffenen Regel dürfte der gut informierte Gegner eine substantiierte Behauptung des ebenso gut informierten Darlegungsbelasteten „einfach“ bestreiten, da mangels Informationsasymmetrie die Voraussetzung für das „ausnahmsweise“ erforderliche substantiierte Bestreitens nicht gegeben wäre. Diese schwerwiegende Konsequenz blieb im konkreten Fall aber unbemerkt: Der Senat verneinte dort eine Pflicht zum substantiierten Bestreiten, weil die Voraussetzungen für eine Erklärung mit Nichtwissen gem. § 138 Abs. 4 ZPO gegeben waren, der Bestreitende also gar nicht die notwendige Kenntnis für ein substantiiertes Bestreiten hatte.¹⁴⁹

5. Rezeption von BGH NJW 1993, 1782

Wenig später übernimmt der X. Senat die Formulierung, im Regelfall genüge eine „einfaches“ Bestreiten, anderes gelte nur, wenn der Darlegungsbelastete außerhalb des Geschehensablaufs stehe, während die Gegenseite die wesentlichen Tatsachen kennt.¹⁵⁰ Im konkreten Fall durfte „einfach“

147 BGH, Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 279/81, III 2b, BGHZ 86, 23, 28–30.

148 BGH, Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 279/81, III 2b, BGHZ 86, 23, 29.

149 BGH, Urt. v. 23.3.1993 – VI ZR 176/92, II 3b; NJW 1993, 1782, 1783.

150 BGH, Urt. v. 11.7.1995 – X ZR 42/93, II 3, NJW 1995, 3311, 3312.

bestritten werden, weil seitens des darlegungspflichtigen Klägers lediglich nicht näher aufgeschlüsselte Pauschalen vorgetragen wurden, „so daß der Beklagten ein substantiiertes Bestreiten der einzelnen Rechnungspositionen nicht möglich war“.¹⁵¹

Der VI. Senat greift die Formulierung des „in der Regel“ ausreichenden „einfachen“ Bestreitens auf, und hält letzteres im konkreten Fall gegenüber einem nur „pauschal“ behaupteten Kaufvertrag für zulässig.¹⁵²

Auch der II. Senat meint, ein substantiiertes Bestreiten komme „nur“ bei Informationsnot des Darlegungspflichtigen in Betracht, hält aber das „einfache“ Bestreiten im konkreten Fall schon deshalb für ausreichend, weil hinreichend deutlich wurde, dass die Behauptungen des Darlegungspflichtigen vollständig in Abrede gestellt werden sollten.¹⁵³

Schließlich betreffen zahlreiche Entscheidungen, in denen ein „einfaches“ Bestreiten als Regel angegeben wird, solche Fälle, in denen ein substantiiertes Bestreiten nicht verlangt werden konnte, weil die Partei – wie auch schon in BGH NJW 1993, 1782 – gar nicht über entsprechendes Wissen verfügte.¹⁵⁴

6. Ergebnis zur Rechtsprechungsanalyse

Damit deckt die Rechtsprechung, welche das Postulat des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von „einfachem“ und substantiiertem Bestreiten anführt, genau die Ausnahmekonstellationen ab, in denen ein „einfaches“ Bestreiten ohnehin nach allgemeiner Auffassung möglich wäre: Gegenüber pau-

151 BGH, Urt. v. 11.7.1995 – X ZR 42/93, II 3, NJW 1995, 3311, 3312. – Vgl. auch BGH, Urt. v. 3.2.1999 – VIII ZR 14/98, II 2b) aa), NJW 1999, 1404, 1405; BGH, Urt. v. 29.3.2000 – VIII ZR 81/99, II A 2b) aa), NJW 2000, 2272, 2274 f.; BGH, Beschl. v. 13.3.2008 – IX ZR 155/05, BeckRS 2008, 05531; BGH, Urt. v. 18.7.2013 – III ZR 170/12, 4, BeckRS 2013, 15230; BGH, Urt. v. 14.3.2017 – II ZR 42/16, II 3, juris, Tz. 29 f.

152 BGH, Beschl. v. 25.3.2014 – VI ZR 271/13, 2b, NJW-RR 2014, 830, 831.

153 BGH, Urt. v. 19.4.1999 – II ZR 331/97, II 2, NJW-RR 1999, 1152 f.

154 Vgl. BGH, Urt. v. 15.6.2000 – I ZR 55/98, II 6b, NJW-RR 2000, 1635, 1638; BGH, Urt. v. 6.4.2001 – V ZR 402/99, II 3; NJW 2001, 2021, 2022; BGH, Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 146/10, II 2a, NJW 2011, 1509, 1511. – Das dürfte auch für BGH, Urt. v. 7.12.1998 – II ZR 266/97, I 2, NJW 1999, 579, 580 zutreffend sein, wobei die Entscheidungsgründe dies nur erahnen lassen (vgl. I 1). Revisionsbegründung (dort Bl. 4–6) und -erwiderung (Bl. 4) stritten ausdrücklich um das Vorliegen der Voraussetzungen einer Erklärung mit Nichtwissen, vgl. Senatsheft zu BGH, Urt. v. 7.12.1998 – II ZR 266/97.

schalisierten Summen, Rechtstatsachen, als vollständige Negation der Behauptung oder wenn die Partei mangels Kenntnis sich gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären kann. Unzutreffend wäre daher die Annahme, der BGH würde ein substantiiertes Bestreiten nur ausnahmsweise in Fällen von Informationsasymmetrie verlangen: BGH NJW 1993, 1782 hat diesen Satz zwar unter irrtümlicher Wiedergabe einer anderen Entscheidung *en passant* in die Rechtsprechung des BGH eingeführt; es finden sich jedoch keinerlei Sachverhalte, in denen der Darlegungsbelastete substantiiert vorträgt und dem kundigen Gegner eine positive Gegendarstellung dazu möglich wäre, ihm diese aber mit der Erwägung erlassen wird, der Darlegungsbelastete befinde sich nicht in Informationsnot, mithin genüge das „einfache“ Bestreiten. Damit erweist sich die Rechtsprechungslinie des BGH, wonach ein substantiiertes Bestreiten nur ausnahmsweise geboten sein soll, als eine Art Geisterschiff.

III. Einfaches Bestreiten als Ausnahme

Grundsätzlich ist ein substantiiertes Bestreiten erforderlich, wenn die behaupteten Vorgänge sich im Wahrnehmungsbereich der Partei abgespielt haben und ihr daher ein substantiiertes Gegenvortrag möglich sein müsste. Nur ausnahmsweise genügt trotz eigener Kenntnis ein „einfaches“ Bestreiten: Gegenüber pauschalisierten Summen, Rechtstatsachen und als eindeutige vollständige Negation der gegnerischen Behauptung. Das richtige Verhältnis bringt daher der IX. Senat im Jahr 2013 auf den Punkt:¹⁵⁵ Ein substantiiertes Vorbringen kann in der Regel *nicht* „einfach“ bestritten werden.

155 Vgl. BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – IX ZR 279/12, BeckRS 2013, 13352.

Zweites Kapitel: Die Erklärung mit Nichtwissen

Bevor der Partei ein substantiiertes Bestreiten in Form von positiven Gegenangaben abverlangt wird, muss geklärt werden, ob ein entsprechendes Wissen vorausgesetzt werden darf. Nach § 138 Abs. 4 ZPO kann sich die Partei gegenüber behaupteten Tatsachen mit Nichtwissen erklären, wenn diese Tatsachen weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Die Untiefen der nur vordergründig eindeutigen Norm hat *Lange* an Hand dreier besonders praxisrelevanter Fragestellungen offengelegt:¹⁵⁶ Ist eine Erklärung mit Nichtwissen zulässig, wenn die Partei zwar Wahrnehmungen gemacht hat, sich nun aber nicht mehr erinnern kann? Kann sich mit Nichtwissen erklären, wer keine Wahrnehmungen gemacht hat, obwohl solche Wahrnehmungen möglich gewesen wären oder es noch sind? Und daran anschließend: Ist eine Erklärung nach § 138 Abs. 4 ZPO über Tatsachen möglich, die Gegenstand der Wahrnehmungen von Personen waren, welche im Auftrag der Partei tätig geworden sind?

A. *Fehlende Erinnerung*

Es wird seit jeher ganz einhellig bejaht, dass es der Partei möglich sein muss, bei fehlender Erinnerung und erfolglosen Nachforschungsbemühungen eine Beweisaufnahme über die behauptete Tatsache zu verlangen. Ein großes Maß an Uneinigkeit besteht allerdings in der Begründung. Weniger kontrovers, aber nicht minder problematisch ist die Frage, ob dem Gericht das Ergebnis der Nachforschungsbemühungen glaubhaft zu machen ist.

I. Nicht-mehr-Wissen als Nichtwissen i. S. v. § 138 Abs. 4 ZPO

Auch bei fehlender Erinnerung kann sich die Partei nach erfolglosen Nachforschungsbemühungen gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen er-

¹⁵⁶ Vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3234.

klären.¹⁵⁷ Das weithin für richtig empfundene Ergebnis wirft allerdings bei einer strengen Wortlautauslegung Begründungsschwierigkeiten auf, besagt Abs. 4 doch scheinbar eindeutig, dass die Erklärung mit Nichtwissen ausgeschlossen sein soll, wenn die Partei Wahrnehmungen gemacht hat. Die Norm würde demnach auf eine Bestrafung der vergesslichen Partei hinauslaufen, was unbillig erscheint.

Streitig ist der richtige Lösungsweg, namentlich, ob die vergessliche Partei sich mit Nichtwissen gem. § 138 Abs. 4 ZPO erklären kann, oder ob das Bestreiten in eine andere Form, etwa ein „einfaches“ Bestreiten gekleidet werden muss. Letzteres halten einige Stimmen in der Literatur für geboten, da der Wortlaut des § 138 Abs. 4 ZPO es nicht zulasse, Nicht-mehr-Wissen als Nichtwissen aufzufassen;¹⁵⁸ es handle sich um eine Auslegung *contra legem*.¹⁵⁹ Von einer Auslegung *contra legem* wird gesprochen, wenn die Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers missachtet wird; die Regelungsabsicht muss mit dem möglichen Wortsinn noch vereinbar sein, oder im Wege einer Analogie oder teleologischen Reduktion durchgesetzt werden können.¹⁶⁰ Daran müssen sich alle Begründungsversuche zur Berücksichtigung des Nicht-Mehr-Wissens messen lassen.

1. Bestreiten „als unbekannt“

Vor allem die ältere Literatur¹⁶¹ wollte der vergesslichen Partei dadurch helfen, dass ihr ein Bestreiten „als unbekannt“ ermöglicht werden sollte: Nur so sei § 138 Abs. 4 ZPO mit der Wahrheitspflicht im Sinne von § 138 Abs. 1 ZPO in Einklang zu bringen, welche die Partei andernfalls dazu zwingen würde, mangels einer Erklärungsmöglichkeit die gegnerische Behauptung als zugestanden gelten zu lassen.¹⁶² Letzteres wird als „unge-

157 Vgl. nur BGH, Urt. v. 19.4.2001 – I ZR 238/98, II 1, NJW-RR 2002, 612, 613 m. w. N.

158 Balzer/Walther, Das Urteil, ³2018, S. 35 f. Rn. 35; Borck, in: Wiczorek/Schütze, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 219 f.; Braun, ZPR, 2014, S. 507 § 32 II 2b; so wohl auch R/S/Gottwald, ZPR, ¹⁸2018, S. 680 Rn. 23.

159 Zeiss/Schreiber, ZPR, ¹²2014, S. 181 Rn. 415.

160 Neuner, Rechtsfindung *contra legem*, ²2005, S. 132.

161 Heute etwa noch Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 44; Nachweise zur älteren Literatur bei Ambs, Nichtwissen, 1997, S. 160 f.

162 Olzen, ZZP 98 (1985), 403, 422.

recht“¹⁶³, ein Bestreiten als unbekannt hingegen als „angemessen“¹⁶⁴ empfunden.

2. „Einfaches“ Bestreiten

Andere halten die Motivierung des Bestreitens für überflüssig, die vergessliche Partei soll „einfach“ Bestreiten können, weil ihr diese Möglichkeit selbst dann zustehe, wenn sie über entsprechendes Wissen verfügt.¹⁶⁵ Aufschlussreich für die Herleitung der Prämisse, ein „einfaches“ Bestreiten sei hier möglich, ist die Erklärung *Wieczoreks*: Wenn es etwa um Handlungen des gesetzlichen Vertreters gehe, von der die Partei nichts wisse, dürfe sie sich wegen der Gleichstellung von gesetzlichem Vertreter und Partei eigentlich nicht mit Nichtwissen erklären, obwohl ihr nur eine solche Erklärung bei Erfüllung der Wahrheitspflicht möglich wäre; daher soll der Partei als Ausweg die Möglichkeit eines „einfachen“ Bestreitens eröffnet werden.¹⁶⁶

3. Restriktive Auslegung des § 138 Abs. 4 ZPO

Wieder andere wollen § 138 Abs. 4 ZPO aus ähnlichen Gründen „restriktiv“ auslegen; so meint etwa *Schmidt*, dies sei geboten, weil die Unzulässigkeit einer Erklärung mit Nichtwissen sonst „in eine indirekte Aufforderung zum Aufstellen unwahrhafter Behauptungen“ umzuschlagen drohe.¹⁶⁷

4. Kritik an der Bezugnahme auf § 138 Abs. 1 ZPO

Es erscheint fraglich, inwieweit die Argumentation mit der – vermeintlich – drohenden Verletzung der Wahrheitspflicht außerhalb eines rechtspolitischen Diskurses überhaupt Gültigkeit beanspruchen kann: Wenn das

163 *Olzen*, ZZP 98 (1985), 403, 422.

164 *Olzen*, ZZP 98 (1985), 403, 422.

165 So etwa *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 35 f. Rn. 35 und 38; Nachweise zur älteren Literatur bei *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 158 f.

166 Vgl. *Wieczorek*, ZPO, ²1976, § 138 § 138 D I b und B III b; ähnlich *Braun*, ZPR, 2014, S. 507 § 32 II 2b.

167 Vgl. *E. Schmidt*, in: AK-ZPO, 1987, § 138 Rn. 73 f.

Gesetz der Partei tatsächlich keine Erklärungsmöglichkeit nach § 138 Abs. 4 ZPO eröffnen sollte, führt das zur Zugeständnisfiktion nach Abs. 3. Stattdessen die Möglichkeit eines Bestreitens zu eröffnen, weil die Partei ansonsten, um der Zugeständnisfiktion zu entgehen, zur Lüge verführt zu werden droht,¹⁶⁸ kommt dem Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO dadurch zuvor, dass er legalisiert wird. Nach dieser Überlegung wäre auch ein Mundraub strafflos zu stellen, wenn der Täter Appetit verspürt. Der Geltungsanspruch der Norm kann aber nicht davon abhängig gemacht werden, ob dem Adressaten die Befolgung beliebt.¹⁶⁹

Die entscheidende Frage ist alleine, ob § 138 Abs. 4 ZPO als einschlägige gesetzliche Regelung es gestattet, bei Nicht-mehr-Wissen eine Beweisaufnahme über die gegnerische Behauptung zu verlangen.

5. Teleologische Reduktion des § 138 Abs. 4 ZPO; Wortsinndeutung

Die neuere Literatur geht davon aus, dass der Wortlaut des § 138 Abs. 4 ZPO die *ratio* der Norm nur unvollkommen zum Ausdruck bringt und daher im Wege einer teleologischen Reduktion einzuschränken ist.¹⁷⁰ Unvollkommen ist der Wortlaut, so die Überlegung, weil es danach möglich erscheint, dass die Erklärung mit Nichtwissen ausgeschlossen sein soll, wenn die Partei irgendwann in der Vergangenheit einmal Wahrnehmungen gemacht hat; dem Sinn der Norm entspricht es aber, eine Erklärung mit Nichtwissen nur dort auszuschließen, wo die Partei über *aktuelles* Wissen verfügt.¹⁷¹

Dass gerade letzteres dem Normzweck entspricht, lässt bereits *secundum legem* eine weite, auf den Wortsinn abstellende Deutung möglich erscheinen. Eine Erklärung mit Nichtwissen ist dem Wortlaut folgend nur zuläs-

168 So Balzer/Walther, Beweisaufnahme, 42018, S. 36 Rn. 34.

169 Vgl. auch die Kritik bei Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 90 Anm. 129: Weshalb bei fehlender Erinnerung die Erklärung mit Nichtwissen ausgeschlossen, ein von der Wahrheitspflicht entbundenes Bestreiten hingegen zulässig sein soll, „verstehe wer will.“

170 Vgl. Nicoli, JuS 2000, 584, 587; Eschelbach/Geipel, ZAP, Fach 13, 2010, 1681, 1686; Dötsch, MDR 2014, 1363, 1365; Papanikolaou, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 114 f. – Der Sache nach auch schon Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 90, nur dem Namen nach dagegen Fritsche, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 29 und Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, 162019, § 138 Rn. 16 Anm. 111, die sich jeweils auf Erwägungen zur Wahrheitspflicht stützen.

171 Vgl. Morhard, Nichtwissen, 1993, S. 56 und 64–67.

sig, wenn die behauptete Tatsache nicht Gegenstand der Wahrnehmung gewesen ist. Dann hat die Partei auch kein Wissen. Der Sinn des § 138 Abs. 4 ZPO ist es mithin, eine Erklärung mit Nichtwissen dort auszuschließen, wo die Partei auf Grund von Wahrnehmungen *Wissen* hat und sich zur Sache erklären kann. Der Begriff der „Wahrnehmungen“ kann in seinem Bedeutungshof mit „Wissen“ gleichgesetzt werden. Das Reichsgericht führt an anderer Stelle im Zusammenhang mit der Eidesdelation treffend aus:¹⁷²

„Das Wissen ist eine rezeptive Tätigkeit und in gewissem Maße gleichbedeutend mit Wahrnehmen; der Delat weiß eine Thatsache, wenn sie Gegenstand seiner Wahrnehmung geworden ist.“

Bei fehlender Erinnerung ist kein Wissen vorhanden, das einer Erklärung gem. § 138 Abs. 2 ZPO zu Grunde gelegt werden könnte. Also ist der Sinn des Abs. 4, Erklärungen mit Nichtwissen dort auszuschließen, wo Wissen auf Grund von Wahrnehmungen vorhanden sein müsste, nicht verletzt.¹⁷³ Zuzugeben ist allerdings, dass diese Lesart bei einer weiten Wortlautauslegung möglich,¹⁷⁴ aber nicht zwingend ist. Daher soll das Ergebnis mit einer historisch-systematischen Betrachtung abgesichert werden, die Aufschluss über den gesetzgeberischen Willen gibt und den Vorwurf, es handle sich um eine Auslegung *contra legem*, entkräftet.

6. Historische Auslegung des § 138 Abs. 4 ZPO

Die Normgenese soll zeigen, ob der historische Gesetzgeber es der vergesslichen Partei gestatten wollte, nach erfolglosen Nachforschungen zur behaupteten Tatsache diese streitig zu stellen und eine Beweisaufnahme zu erzwingen.

a) Möglichkeit des Bestreitens bei erfolgloser Nachforschung und die Regelung zum Parteieid

Dass § 138 Abs. 4 ZPO seinem Wortlaut nach zu unbilligen Ergebnissen führen könnte, wenn sich die Partei trotz fehlender Erinnerung erklären

172 RG, Urt. v. 4.2.1881 – III ZR 667/80, RGZ 3, 430, 432.

173 Im Ergebnis auch schon *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 90.

174 A. A. *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 56.

müsste, war schon bei den ersten Vorarbeiten im Rahmen des hannoverschen Entwurfs diskutiert worden.¹⁷⁵ Dort wurde die fehlende Erinnerung als eine Frage der Eidesvorschriften aufgefasst.¹⁷⁶ Aufschlussreich ist dann vor allem die Begründung des späteren § 424 CPO im E I:¹⁷⁷ Über Tatsachen, welche Gegenstand der Wahrnehmung der Parteien gewesen sind, war gem. § 391 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs der Eid dahin zu leisten, dass die Tatsache wahr oder nicht wahr sei. Ausnahmsweise sollte aber dem Schwurpflichtigen, dem „nach den Umständen des Falles nicht zugemuthet werden (kann)“, sich über die Wahrheit oder Nichtwahrheit der Tatsache zu erklären, es nach Abs. 1 S. 2 gestattet werden, den Eid zu leisten „daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.“ Als Umstand, welcher den strengeren Wahrheitseid nach S. 1 unzumutbar erscheinen lässt, nennt die Begründung zum E I ausdrücklich die fehlende Erinnerung:¹⁷⁸ Die Tatsache, welche dem Gedächtnis der Partei entschwunden ist, „(ist) für sie gleichsam zu einer fremden geworden.“ Auch die vorsichtige Partei, welche mangels Erinnerung sich ein Urteil über die Richtigkeit der Tatsache nicht zutraut, darf nach S. 2 beeiden, als Ergebnis der Nachforschungen nicht von der gegnerischen Behauptung überzeugt zu sein.¹⁷⁹ Diese Erwägungen wurden dann auch inhaltsgleich im E II wiedergegeben.¹⁸⁰

Für die Erklärung mit Nichtwissen bedeutet dies: Bei Nicht-mehr-Wissen darf die Partei die fraglichen Tatsachen als unwahr beschwören, wenn sie trotz Nachforschungen nicht von ihrer Wahrheit überzeugt ist. Der Eid als Beweismittel kommt nur gegenüber bestrittenen Tatsachen in Betracht. Daher muss es der Partei systematisch auch *zwingend* möglich sein, die fragliche Tatsache bei fehlender Erinnerung vorher zu bestreiten.¹⁸¹

175 Vgl. Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 85; vgl. dazu auch *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 19 f.

176 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 85.

177 Begr. zum E I, 1871, S. 352.

178 Begr. zum E I, 1871, S. 352.

179 Begr. zum E I, 1871, S. 352.

180 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 337.

181 So auch schon *Gaupp*, CPO, ¹1879, § 129 III.

b) Die Debatte in der Reichstagskommission und ihre Folgen

Gewissermaßen in letzter Stunde wurde in der Reichstagskommission in zweiter Lesung des Gesetzes noch eine Änderung vorgeschlagen, die der Möglichkeit des Nicht-mehr-Wissens im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO ausdrücklich Rechnung tragen wollte.¹⁸² *Gaupp*, seines Zeichens Abgeordneter und Begründer der *Steinschen* Kommentierung, beantragte den Wortlaut wie folgt zu fassen:¹⁸³

„Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche nicht eigene Handlungen der Partei oder nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmungen gewesen sind, *oder in Betreff welcher der Partei ein Wissen nicht zugemuthet werden kann, obgleich eigene Handlungen oder Wahrnehmungen in Frage stehen.*“

Als nicht zumutbar wollte *Gaupp* den Fall der fehlenden Erinnerung verstanden wissen.¹⁸⁴ Der Antrag wurde abgelehnt, nachdem zuvor darauf verwiesen wurde, dass der berechtigte Gedanke bereits bei den Vorschriften zum Eid Berücksichtigung finde, die vorgeschlagene Anpassung des § 138 Abs. 4 ZPO dagegen „zu schwankend und deshalb nicht praktisch“ sei.¹⁸⁵ Der Direktor im Reichskanzleramt *von Amsberg* erklärte unter Verweis auf die Eidesvorschriften, soweit die Gedanken des Antragsstellers praktisch verwendbar seien, sei die Verwendung bereits erfolgt.¹⁸⁶

Das war gleichsam die Geburtsstunde des Bestreitens „als unbekannt“: Aus der Debatte wurde in der Literatur gefolgert, dass ein Bestreiten wegen des systematischen Zusammenhangs zu den Eidesvorschriften möglich sein sollte, das Bestreiten auch dahingehend motiviert werden könne, dass die Partei von der behaupteten Tatsache „nichts Wisse“ (!), und dass lediglich die Einkleidung des Bestreitens als eines Erklärung mit Nichtwissen gem. § 138 Abs. 4 ZPO der Partei versagt bleiben sollte.¹⁸⁷ Letzteres ist in dessen keineswegs zwingend, den die Ablehnung des Antrags in der

182 Vgl. hierzu auch *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 6; *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 30.

183 Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 953 (eigene Hervorhebung des Amendments).

184 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 953.

185 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 954.

186 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 954.

187 Vgl. *Gaupp*, CPO, ¹1879, § 129 III; ebenso *Förster*, ²1908 § 138 4; *Seuffert*, ZPO, ¹¹1910, § 138 2a; *Struckmann/Koch*, CPO, ⁹1910, § 138 3; vgl. auch *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 7 f. und *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 41 f. m. w. N.

Reichstagsdebatte besagt genaugenommen nur, dass eine redaktionelle Veränderung dieser Norm nicht für tunlich erachtet wurde. Die vorgeschlagene Fassungsänderung wurde als „zu schwankend“ abgelehnt, und nicht, wie es in der nachfolgenden Kommentarliteratur hieß, „als zu weitgehend“¹⁸⁸. Letzteres impliziert, die Reichstagskommission habe inhaltlich von einer Zumutbarkeitsregelung absehen wollen, was angesichts der ausdrücklichen Verweise auf die gleichlaufende Regelung beim Parteieid gerade nicht der Fall war. Der Einwand, die vorgeschlagene Änderung sei „zu schwankend“ wird man vielmehr auf die von *Gaupp* beantragte wörtliche Fassung beziehen können: Die Norm, ohnehin in ihrer negativen Fassung nur über einen Umkehrschluss zu erschließen, wäre mit der vorgesehenen Aufnahme der Rückausnahme kaum lesbarer geworden. Der Hinweis, die Gedanken *Gaupps* fänden bereits beim Parteieid Berücksichtigung, gibt zu verstehen, dass für eine Verdoppelung dieser Regelung keine Notwendigkeit gesehen wurde. Aus den Materialien lässt sich daher nicht entnehmen, dass es beabsichtigt gewesen wäre, der vergesslichen Partei ein Bestreiten in Form der Erklärung mit Nichtwissen zu versagen.

c) Entfall des systematischen Zusammenhangs wegen Aufhebung der Eidesvorschriften?

Nach Wegfall der Eidesvorschriften im Jahr 1934¹⁸⁹ geriet der Grund für die Zulässigkeit eines Bestreitens „als unbekannt“ in Vergessenheit.¹⁹⁰ Stattdessen wurde nun versucht, diese für billig empfundene Lösung mit Überlegungen zur Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO zu rationalisieren. Dafür bestand jedoch keine Notwendigkeit: Auch die Beseitigung des Parteieides vermag den historisch-systematischen Zusammenhang mit dem Normgehalt des § 138 Abs. 4 ZPO nicht zu zerreißen.

Eine andere Auffassung hat *Morhard*:¹⁹¹ Der Gesetzgeber habe ausdrücklich von einer Erweiterung des § 138 Abs. 4 ZPO um Fälle des Nicht-mehr-Wissens absehen wollen, daher sei eine teleologische Reduktion nicht möglich; die Regelung des Parteieids sei ein „Ausgleichsinstrument“ gewe-

188 So aber Struckmann/*Koch*, CPO, 91910, § 138 3.

189 Vgl. Art. 1 Abs. 4 und Art. 9 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933, RGBl. I, 780 und 788.

190 Bei Stein/*Jonas* etwa entfällt nach der 15. Aufl. 1934 der Hinweis auf den Zusammenhang mit den Eidesvorschriften, vgl. dort noch § 138 II 5.

191 Vgl. *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 14–16 und 60.

sen, das mit dessen Beseitigung entfallen sei. *Morhard* füllt die vermeintlich entstandene Lücke mit einer allgemeinen Mitwirkungspflicht der Partei, die Nachforschungsbemühungen hinsichtlich der behaupteten Tatsache entfalten soll; im Ergebnis soll sich dann auch bei ihm die Partei im Falle der fehlenden Erinnerung mit Nichtwissen erklären können.¹⁹²

Dieser Sicht der Dinge kann nicht zugestimmt werden. Den Materialien ist lediglich zu entnehmen, dass eine Fassungsänderung des § 138 Abs. 4 ZPO abgelehnt wurde und für die Verdoppelung der bereits erfolgten Regelung in § 424 CPO kein Anlass gesehen wurde. Aber selbst wenn man sich dieser Deutung der Debatte in der Reichstagskommission nicht anschließen will: Ein – wie auch immer geartetes – Bestreiten sollte der vermesslichen Partei nach Vorstellung des Gesetzgebers möglich sein. *Morhards* Ansicht berücksichtigt den Ablauf des Verfahrens nicht ausreichend: Der Beweisaufnahme geht notwendigerweise ein Bestreiten vor. Wenn die fehlende Erinnerung *nicht* zu einem Bestreiten berechtigt, müsste die gegnerische Behauptung als zugestanden behandelt werden, § 138 Abs. 3 ZPO. Die Regelung zum Parteieid als vermeintliches „Ausgleichsinstrument“ wäre also mangels entsprechender Beweisaufnahme nie zur Anwendung gekommen. Richtigerweise ist aus § 424 CPO zwingend zu schließen, dass ein Bestreiten zuvor möglich sein muss.¹⁹³ § 138 Abs. 4 ZPO war daher systematisch Voraussetzung für § 424 CPO, sodass sich der spätere Wegfall der nachgelagerten Eidesregeln als unschädlich erweist.¹⁹⁴

Als Ergebnis ist festzuhalten: Die Möglichkeit eines Bestreitens bei fehlender Erinnerung entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers. Aus einer unterlassenen redaktionellen Anpassung des § 138 Abs. 4 ZPO kann nicht gefolgert werden, der Gesetzgeber habe die Erklärung mit Nichtwissen als Form des Bestreitens für unzulässig gehalten. Auf den Wegfall des Parteieides kommt es nicht an, weil dieser dem Bestreiten systematisch nachgelagert ist. Die Berücksichtigung des Nicht-mehr-Wissens im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO, sei es im Wege einer weiten Wortlautauslegung, sei es durch eine teleologische Reduktion, entspricht dem Willen des Gesetzgebers und ist daher keine Auslegung *contra legem*.

192 Vgl. *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 109–112 und 140.

193 Vgl. schon *Gaupp*, CPO, ¹1879, § 129 III.

194 So auch im Ergebnis *Foerste*, ZZP 108 (1995), 283, 284 (Anm. zu *Morhard*, Nichtwissen, 1993); *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 157; *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1365.

II. Glaubhaftmachung oder Beweis der vergeblichen Nachforschungsbemühungen?

Nicht-mehr-Wissen ist nur Nichtwissen i. S. v. § 138 Abs. 4 ZPO, wenn trotz aller Bemühungen ein Zugriff auf die Erinnerung fehlschlägt. Zur Auffrischung der Erinnerung muss die Partei alle ihr gegebenen Möglichkeiten nutzen, namentlich Unterlagen einsehen, Erkundigungen bei Dritten einholen oder an Ort und Stelle sich das Geschehene vergegenwärtigen.¹⁹⁵ Eine pauschale Behauptung des Nicht-mehr-Wissens genügt nicht,¹⁹⁶ die Erinnerungsbemühungen müssen dem Gericht geschildert werden.¹⁹⁷ Wenig klar ist indessen die in Rechtsprechung¹⁹⁸ und Literatur¹⁹⁹ verbreitete Forderung, die Bemühungen müssten „glaubhaft“ geschildert werden.²⁰⁰ Einer Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO steht schon entgegen, dass § 294 Abs. 1 ZPO nur Fälle erfasst, in denen die Glaubhaftmachung an anderer Stelle ausdrücklich vorgesehen ist.²⁰¹ Der richtige Kern der verlangten „Glaubhaftmachung“ beschränkt sich darauf, dass die Nachforschungsbemühungen dem Gericht geschildert werden müssen. Nur so kann das Gericht prüfen, ob mit den behaupteten Erinnerungsbemühungen bei Wahrunterstellung derselben den Anforderungen an die Nachforschungspflicht Genüge getan ist.²⁰²

Zum Teil wird jedoch sogar gefordert, die erfolglosen Erinnerungsbemühungen seien auf ein Bestreiten der Gegenseite hin zu *beweisen*.²⁰³ Dass eine Aufklärung über die Voraussetzungen des Nichtwissens stattfindet, ist

195 H. D. Lange, NJW 1990, 3233, 3234.

196 Vgl. BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 95/93, 3d) aa), NJW 1995, 130, 131.

197 Dötsch, MDR 2014, 1363, 1365.

198 Vgl. nur BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 95/93, 3d) aa), NJW 1995, 130, 131.

199 Eine Glaubhaftmachung im Sinne von § 294 ZPO ist damit wohl überwiegend nicht gemeint, vgl. etwa Michel, JuS 1983, 36, 39; ähnlich Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 42 und Rn. 44; Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 14; ausdrücklich einen weniger strengen Maßstab als § 294 ZPO zur „Glaubhaftmachung“ fordert Dölling, NJW 2013, 3121, 3125. – Anders dagegen B/L/H/Hartmann, ZPO, ⁷⁷2019, § 138 Rn. 56, der ausdrücklich eine Glaubhaftmachung i. S. v. § 294 ZPO verlangt; vgl. nun auch B/L/H/Anders, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 56.

200 So auch Dötsch, MDR 2014, 1363, 1366.

201 So auch Balzer/Walther, Beweisaufnahme, ⁴2018, S. 37 Rn. 35; Dötsch, MDR 2014, 1363, 1366.

202 In diesem Sinne wohl auch Dötsch, MDR 2014, 1363, 1365 f., vgl. dort insbesondere Anm. 47.

203 Vgl. Gerken, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 41; Fritsche, in: Münchener Kommentar zur ZPO, ⁵2016, § 138 Rn. 29; von Selle, in: BeckOK ZPO,

grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die entscheidende Frage ist aber, wer das Risiko einer Unbeweisbarkeit tragen soll.²⁰⁴ Hierzu hat zuletzt der VI. Senat des BGH Stellung genommen:²⁰⁵ Eine verletzungsbedingte Amnesie müsse die Partei, welche sich auf § 138 Abs. 4 ZPO berufen will, zunächst beweisen.

Das fordert zu Widerspruch heraus: Auf den ersten Blick mag zwar bei Erklärungen mit Nicht-mehr-Wissen der Verdacht einer bequemen Schutzbehauptung besonders naheliegend erscheinen,²⁰⁶ was auch der Senat in seiner Entscheidung erwägt.²⁰⁷ Bei genauer Betrachtung ist aber die unwahrscheinliche Erklärung, bestimmte Tatsachen nicht mehr zu wissen, unterschiedslos zu dem unwahrscheinlichen, angeblich auf eigenem Wissen beruhenden Bestreiten bestimmter Tatsachen. Wenn etwa eine klageweise geltend gemachte Kaufpreisforderung von 1.000 EUR mit der den Umständen nach wenig wahrscheinlichen Erklärung bestritten wird, es sei ein „Freundschaftspreis“ von 50 EUR vereinbart worden, muss der Kläger die von ihm behauptete Höhe der Forderung dennoch beweisen. Nichts anderes kann gelten, wenn der Gegner den Umständen nach wenig glaubhaft behauptet, sich an die vereinbarte Kaufpreishöhe nicht mehr erinnern zu können. Andernfalls würde der in Hinblick auf die Behauptung nicht beweisbelasteten Partei das Risiko zugeschoben werden, die fehlende Erinnerung nicht beweisen zu können, mit der Folge, dass die gegnerische Behauptung gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt.²⁰⁸ Glaubhaftmachung oder gar Beweis des Nicht-mehr-Wissens von der vergesslichen Partei zu verlangen, würde somit zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Beweislastverteilung führen und ist daher abzulehnen. Erwägungen zur Glaubhaftigkeit der angeblich erfolglosen Nachforschung können zwar im Rahmen einer Parteivernehmung geklärt werden, gegebenenfalls, wie im Fall der angeblichen Amnesie, auch unter Hinzuziehung von Sachverständ-

Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 28; H. D. Lange, NJW 1990, 3233, 3239 f.

204 Vgl. auch schon *Ambis*, Nichtwissen, 1997, S. 218.

205 Vgl. BGH, Beschl. v. 30.1.2019 – VI ZR 428/17, II 2a, BeckRS 2019, 3267.

206 So offenbar die Überlegungen bei *Michel*, JuS 1983, 36, 39; ähnlich H. D. Lange, NJW 1990, 3233, 3234; *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 133; *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 41; *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3125.

207 Vgl. BGH, Beschl. v. 30.1.2019 – VI ZR 428/17, II 2a, BeckRS 2019, 3267. – Tendenziell in diese Richtung auch BGH, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, B 2b) bb) (3), NJW 2020, 1962, 1967 (vgl. dazu im Folgenden D II 2).

208 Vgl. *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3125; ähnlich auch *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 45 f. Rn. 55 f.

digen. Lässt sich aber nicht aufklären, ob der Gegner wirklich keine Erinnerung oder Erkundigungsmöglichkeiten mehr hat, trägt die für ihre Behauptungen darlegungs- und beweisbelastete Partei dieses Risiko – der Gegner kann sich mit Nichtwissen erklären.²⁰⁹

B. Nachforschungspflicht im eigenen Wahrnehmungsbereich

Dem Wortlaut des § 138 Abs. 4 ZPO folgend ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über solche Tatsachen zulässig, die nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Einer möglichen – und bei einem natürlichen Verständnis auch naheliegenden – Wortlautdeutung wäre demnach eine Erklärung mit Nichtwissen immer dann möglich, wenn die Partei tatsächlich keine Wahrnehmungen gemacht hat. Das Privileg des § 138 Abs. 4 ZPO käme dann allerdings auch der desinteressierten, sorglosen Partei zu Gute und eine findige Partei könnte es bei einem sich anbahnenden Rechtsstreit sogar gezielt vermeiden, bestimmte Wahrnehmungen zu machen.²¹⁰ Mehrheitlich wird angenommen, dass dies nicht sein darf.²¹¹ Es soll darauf ankommen, ob die Tatsache in den Wahrnehmungsbereich der Partei fällt,²¹² also die *Möglichkeit* zur Wahrnehmung bestanden hat und die Partei daher Wissen haben sollte, um das sie sich im Prozess mittels Nachforschungen bemühen muss.²¹³ Als Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmungen im Sinne von § 138 Abs. 4 ZPO wird mithin der Wahrnehmungsbereich der Partei verstanden, in dem die Partei bei objektiver Betrachtung Wahrnehmungen machen kann und soll.²¹⁴ Zum Teil wird die Zulässigkeit dieser Objektivierung²¹⁵ des Wahrnehmungsbereichs und

209 Ebenso *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 218.

210 Vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3239 f.; *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 174.

211 Vgl. nur BGH, Urt. v. 12.11.2015 – I ZR 167/14, III 2c) bb), GRUR 2016, 836, 848.

212 Vgl. BGH, Urt. v. 19.4.2001 – I ZR 238/98, II 1, NJW-RR 2002, 612, 613.

213 Vgl. *B/L/A/Hartmann*, ZPO, ⁷⁷2019, § 138 Rn. 53; *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 42; *Fritsche*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, ⁵2016, § 138 Rn. 29; *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 90 f.; *E. Schmidt*, in: *AK-ZPO*, 1987, § 138 Rn. 72.

214 Vgl. auch schon *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 98 f.

215 *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3235; *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 173 f.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.10.1994 – 7 U 78/93, BeckRS 1994, 13772, Tz. 9.

einer entsprechenden Nachforschungspflicht²¹⁶ aber auch geleugnet.²¹⁷ In einem ersten Schritt soll daher gezeigt werden, dass die Nachforschungspflicht bei einer Möglichkeit zur Wahrnehmung nach dem Gesetz geboten ist, um anschließend den Bereich, indem sie bestehen soll, näher zu bestimmen.

I. Nachforschungspflicht bei Möglichkeit zur Wahrnehmung

Eine Nachforschungspflicht besteht, wenn sich das behauptete Geschehen im Wahrnehmungsbereich der Partei abgespielt haben soll, unabhängig davon, ob die Partei diese Wahrnehmungen bisher gemacht hat. Dem Wortlaut des § 138 Abs. 4 ZPO ist eine solche Objektivierung nicht eindeutig zu entnehmen. Doch kann, wie im Fall des Nicht-mehr-Wissens, wegen des systematischen Zusammenhangs auf die Regelung zum Parteieid verwiesen werden: Nachforschungen waren vor der Eidesleistung nicht nur bei fehlender Erinnerung geboten, sondern auch gegenüber einer behaupteten Tatsache im Wahrnehmungsbereich der Partei, „deren Erheblichkeit nicht vorauszusehen war“.²¹⁸ Mangels bewusster Wahrnehmung durfte die Partei ihre fehlende Überzeugung von der Richtigkeit derselben erst beschwören, wenn sie hierzu Nachforschungen angestellt hatte.²¹⁹ Voraussetzung war nur, dass sich die Tatsache in ihrem Wahrnehmungsbereich ereignet haben soll.

Der tragende Gedanke hinter der Regelung zum Parteieid ist, dass Beweis über Tatsachen im Wahrnehmungsbereich des Gegners erst erhoben werden soll, wenn sich der Gegner nicht bereits zuvor durch Nachforschungen von der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen überzeugen konnte. Allerdings ist hier der unmittelbare Schluss von den Bestimmun-

216 In Rechtsprechung und Literatur für gewöhnlich als „Informationspflicht“ bezeichnet, vgl. statt vieler BGH, Urt. v. 15.11.1989 – VIII ZR 46/89, II 1, NJW 1990, 453 f.; dieser Begriff erscheint allerdings etwas ambivalent, so zu Recht *Borck*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 238. Dass die Nachforschungspflicht als prozessuale Last einzuordnen ist (vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3239), sei der Vollständigkeit halber angemerkt.

217 Vgl. *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 45 Rn. 56; *Borck*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 244–267; *Eschelbach/Geipel*, ZAP, Fach 13, 2010, 1681, 1687.

218 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 337; vgl. auch schon die Begr. zum E I, 1871, S. 352.

219 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 337.

gen des Parteieides auf den Normgehalt des § 138 Abs. 4 ZPO weniger zwingend als bei der Frage, ob eine Erklärung mit Nicht-mehr-Wissen nach dieser Vorschrift möglich ist. Dort ergab die historische Auslegung, dass die Partei auch bei fehlender Erinnerung die behauptete Tatsache nicht ohne Beweis gegen sich gelten lassen braucht, ihr also zwingend ein Bestreiten möglich sein muss. Hier ließe sich einwenden, dass die Nachforschungspflicht der Partei eben nur für den Parteieid und nicht für andere Prozesshandlungen vorgesehen war – mithin hätte die Partei zunächst, ohne Nachforschungen vorzunehmen, bestreiten können. Der Gedanke geht also dahin, dass eine Nachforschungspflicht der Partei nur dort besteht, wo ihre Aussage das Beweismittel ist, was nach Wegfall des Parteieides nur im Rahmen einer – subsidiären – Parteivernehmung gem. §§ 445 ff. ZPO der Fall ist. Mithin müsste die Partei bis zu einer etwaigen Parteivernehmung keine Nachforschungen in ihrem eigenen Wahrnehmungsbereich tätigen.

Der Sinn eines solchen Verhaltens würde sich allerdings darin erschöpfen, mit den Nachforschungen in der Hoffnung zuzuwarten, das Gericht werde sich fälschlicherweise bereits an Hand anderer Beweismittel vom Gegenteil überzeugen, sodass eine Parteivernehmung gem. § 445 Abs. 2 ZPO unterbleibt – eine frühzeitige Nachforschung könnte dagegen zu dem unangenehmen Ergebnis führen, dass die vom Gegner behauptete Tatsache richtig ist und mithin unstreitig gestellt werden muss. Ein solches Verhalten kann als antizipierte Beweisvereitelung²²⁰ keine Billigung finden: Wer Nachforschungen zu Tatsachen verweigert, die sich in seinem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben sollen, gibt zu verstehen, dass er die Wahrheit dieser Tatsachen für möglich hält und die Nachforschungen nur deshalb unterlässt, um eine Wahrheitsfindung zu erschweren.²²¹ Eine Nachforschungspflicht ist daher vor einer Beweisaufnahme bereits auf Ebene des § 138 ZPO anzunehmen. Eher nachrangig ist es, ob *secundum legem* eine extensive Wortlautauslegung des § 138 Abs. 4 ZPO es noch gestattet, „Wahrnehmungen“ als „Wahrnehmungsbereich“ zu verstehen, oder ob dem gesetzgeberischen Willen durch eine teleologische Extension²²² zum Durchbruch verholfen wird.

220 Vgl. dazu auch Teil II, Kap. 1 B VII.

221 Ähnlich *Nicoli*, JuS 2000, 584, 587, 589 und *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 136: Es erscheint rechtsmissbräuchlich, ohne Nachforschungen den Beweis einer Tatsache zu verlangen, die sich im eigenen Wahrnehmungsbereich ereignet haben soll.

222 So auch BGH, Urt. v. 22.4.2016 – V ZR 256/14, II 2c) bb) (1), NJW-RR 2016, 1251, 1252 (dort als Reduktion bezeichnet).

II. Bestimmung des Wahrnehmungsbereichs

Die Partei muss also Nachforschungen anstellen, wenn die behauptete Tatsache sich in ihrem Wahrnehmungsbereich ereignet haben soll. Die Definition des Wahrnehmungsbereichs, in dem die Nachforschungen erfolgen sollen, erfordert zunächst eine grundsätzliche Weichenstellung: Ein weites Verständnis des Wahrnehmungsbereichs stellt alleine auf die Möglichkeit zur Wahrnehmung im Prozess ab.²²³ Ob die Partei zuvor eine Wahrnehmungsmöglichkeit hatte, soll nicht maßgeblich sein.²²⁴ Aufklären muss die Partei dort, wo ihr Aufklärung möglich ist.²²⁵ Die Nähe zum Sachverhalt kann aber herangezogen werden, um den Umfang der Nachforschungspflicht auf das Zumutbare zu begrenzen.²²⁶

Ein engeres Verständnis verbindet den Wahrnehmungsbereich hingegen von vornherein nur mit solchen Tatsachen, welche die Partei vermittels eines normativen Elements – der „Nähe“²²⁷ zu der Tatsache – kennen muss. Die Partei soll nicht schlechthin alle ihr möglichen Wahrnehmungen machen, sondern nur solche, die sie sich in ihrem „Geschäft-, Tätigkeits-, oder Lebensbereich“²²⁸ abgespielt haben sollen.

Verdeutlicht werden können die unterschiedlichen Auffassungen des Wahrnehmungsbereichs an Hand zweier der Rechtsprechung entlehnten Fälle: Behauptet etwa eine Süßwarenimporteurin, die beim Transport verlorengegangene Menge Kaugummi habe einen bestimmten Marktwert gehabt, stellt sich die Frage, ob der Transporteur sich mit Nichtwissen zu dem behaupteten Marktwert erklären kann. Sicherlich bestünde die Möglichkeit, Nachforschungen anzustellen, etwa in Branchenkreisen Erkundigungen einzuholen. Bei einem weiten Verständnis müsste der Transporteur die Wahrnehmungsmöglichkeit ausschöpfen. Die Gegenansicht stellt hingegen darauf ab, dass ein Transportunternehmer für gewöhnlich über die Preisbildung am Süßwarenmarkt nichts weiß und sich entsprechende Kenntnisse daher auch im Prozess nicht verschaffen muss.²²⁹ Gleichgela-

223 So etwa *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 134 f.; vgl. dazu auch *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1366.

224 *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 134 f.

225 *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 134 f.

226 *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 135 f.

227 *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3235.

228 *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 42013, § 138 Rn. 42; vgl. auch schon *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3235; *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1366.

229 So im Ergebnis auch BGH, Urt. v. 15.6.2000 – I ZR 55/98, II 6b, NJW-RR 2000, 1635, 1638.

gert ist der Fall, dass der Unterhaltsschuldner vergebliche telefonische Bewerbungsbemühungen behauptet und der Unterhaltsgläubiger diese Bemühungen, von deren Existenz er nichts weiß, mit Nichtwissen bestreiten will. Weil der Unterhaltsgläubiger auch sonst keine Kenntnis dieser Vorgänge hätte, muss er sie sich nach dem engen Verständnis des Wahrnehmungsbereichs auch nicht im Prozess aneignen. Nach dem weiten Verständnis des Wahrnehmungsbereichs soll dagegen der Gläubiger dazu genötigt werden, stichprobenartig telefonische Erkundigungen bei den Unternehmen einzuziehen, bei welchen sich der darlegungsbelastete Schuldner erfolglos beworben haben will.²³⁰

Richtig ist allein das engere Verständnis des Wahrnehmungsbereichs, weil es ausweislich der historischen Auslegung um eine Nachforschungspflicht hinsichtlich solcher Tatsachen geht, welche die Partei bewusst wahrgenommen hätte, wenn ihre Erheblichkeit voraussehbar gewesen wäre; das ist nur im eigenen Lebens- und Geschäftsbereich der Fall. Die in der Rechtsprechung verbreitete Formulierung, es bestehe grundsätzlich keine Pflicht, eigene Ermittlungen anzustellen, um auf den gegnerischen Vortrag erwidern zu können,²³¹ ist in BGH NJW-RR 2017, 527 entsprechend präzisiert worden:²³² Bei Vorgängen im eigenen „Geschäfts- oder Verantwortungsbereich“ besteht eine solche Pflicht. Die Schwierigkeit liegt in der Bestimmung dessen, was zum Geschäfts- und Lebensbereich der Partei zählen soll. Ein Teilaspekt dieser Frage ist es, inwieweit auch eine Nachforschungspflicht der Partei hinsichtlich der Wahrnehmungen weiterer Personen besteht.

C. Nachforschungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmungen Dritter

Dem Wortlaut nach ist eine Erklärung mit Nichtwissen ausgeschlossen, wenn die behaupteten Tatsachen Gegenstand der *eigenen* Wahrnehmung der Partei gewesen sind. Es wurde bereits gezeigt, dass der Wahrnehmungsbegriff objektiviert zu verstehen ist: Erfasst werden auch Tatsachen, welche die Partei hätte wahrnehmen können und mittels Nachforschungen auch noch wahrnehmen kann. Fraglich ist, inwieweit die Wahrneh-

230 So AG Hanau, Urt. v. 18.2.1999 – 63 F 537/98, FamRZ 2000, 306, 307; ablehnend dazu *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1366.

231 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12, II 2b) aa), NJW 2015, 468, 469 m. w. N.

232 Vgl. BGH, Urt. v. 9.12.2016 – V ZR 124/16, III 2c, NJW-RR 2017, 527, 530.

mungsmöglichkeit bestimmter Dritter, die der Partei nahestehen, hier mit einzubeziehen sind. Das letzteres grundsätzlich der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht, legt wiederum der historisch-systematische Zusammenhang mit den Eidesvorschriften nahe.

I. Wahrnehmungen Dritter beim Parteieid

Bereits in den Vorarbeiten zum Hannoverschen Entwurf wurde beabsichtigt, den Parteieid auch über Wahrnehmungen des Erblassers, Rechtsvorgängers, Vormunds oder anderer Personen zuzulassen, für deren Handlungen die Partei hafte.²³³ Über die Handlungen dieser Personen sollte die Partei den Überzeugungseid leisten, das trotz gewissenhafter Nachforschungen kein Wissen zu den behaupteten Tatsachen bestehe.²³⁴ Eine Nachforschungspflicht über fremde Tatsachen lasse sich zwar im allgemeinen nicht annehmen; bei Handlungen der genannten Personen könne jedoch verlangt werden, dass die Partei sich nicht rein passiv auf eine Erklärung mit Nichtwissen beschränke, sondern sich selbst „auf jede mögliche Weise“ um die Erforschung des Sachverhalts bemühe.²³⁵ Gerechtfertigt wurde dies mit der Überlegung, die Partei bilde mit den genannten Dritten „gewissermaßen *eine* Person“, und sei regelmäßig in der Lage, sich in diesen Fällen über die behauptete Tatsache Gewissheit zu verschaffen²³⁶ (letzteres wurde allerdings von anderer Seite bezweifelt²³⁷).

Diese Erwägungen fanden schließlich in § 410 CPO ihren Niederschlag: Dort wurde bestimmt, dass der Eid über Tatsachen zugeschoben werden konnte, die Gegenstand der Wahrnehmungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger sowie Vertreter gewesen sein sollen. Der Eid blieb auf die Beschwörung beschränkt, dass das Ergebnis der durchgeführten Nachforschungen wahrheitsgemäß mitgeteilt wurde. Gerechtfertigt wurde die Einbeziehung dieser Personen mit der Überlegung, die mit den Nachforschungen belastete Partei dürfe nicht besser stehen als eine Partei, die ohne Vertreter gehandelt habe oder nicht als Rechtsnachfolger aufgetreten sei.²³⁸ Davon abgesehen sei die Partei regelmäßig auch in der Lage, die ge-

233 Prot. (HE), Bd. 8, 1864, S. 2795, 2799; 2955 f.

234 Prot. (HE), Bd. 8, 1864, S. 2955 f.

235 Prot. (HE), Bd. 8, 1864, S. 2797.

236 Prot. (HE), Bd. 8, 1864, S. 2797 (Hervorhebung im Original).

237 Vgl. Prot. (HE), Bd. 8, 1864, S. 2803 f.

238 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ¹1881, S. 332.

forderten Erkundigungen einzuholen.²³⁹ Die Begründung zu § 410 CPO schließt mit einer Definition der Begriffe „Rechtsvorgänger“ und „Vertreter“:²⁴⁰ Sie seien nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen; unter Vertreter sei derjenige zu verstehen, für dessen Handlungen die Partei hafte.

II. Wahrnehmungen Dritter bei der Erklärung mit Nichtwissen

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die in systematischem Zusammenhang mit § 138 Abs. 4 ZPO stehenden Eidesvorschriften eine Nachforschungspflicht für behauptete Tatsachen begründeten, die sich im Wahrnehmungsbereich des Rechtsvorgängers oder des Vertreters der Partei abgespielt haben sollen. Das entspricht im Wesentlichen auch den aktuell zu § 138 Abs. 4 ZPO vertretenen Positionen in Rechtsprechung und Literatur, wobei es jedoch gewisse Unstimmigkeiten hinsichtlich des Vertreterbegriffs gibt und in der jüngeren Vergangenheit zunehmend auf den Aspekt der Haftung nach materiellem Recht abgestellt wird.

1. Rechtsvorgänger

Keine Unstimmigkeiten bestehen in Literatur und Rechtsprechung über die grundsätzliche Nachforschungspflicht des Rechtsnachfolgers bei Tatsachen, die sich im Wahrnehmungsbereich des Rechtsvorgängers,²⁴¹ also etwa des Zedenten oder Erblassers ereignet haben sollen.

Am Beispiel des Rechtsvorgängers wird allerdings deutlich, dass die zur Begründung der Nachforschungspflicht seitens des Gesetzgebers angestellten Erwägungen – besonderes Näheverhältnis zwischen Partei und Rechtsvorgänger, gute Informationsmöglichkeiten, Schutz des Gegners – in recht unterschiedlichem Maße dessen Einbeziehung rechtfertigen. Eine besonders enge Beziehung und guten Informationsaustausch zwischen Zedent und Zessionar zu vermuten, dürfte nur selten den Gegebenheiten gerecht werden. Bei Transaktionen ist die Beziehung zwischen Erwerber und Veräußerer regelmäßig durch Wissensasymmetrie und nur punktueller Interessenübereinstimmung geprägt. Oft wird es seine Gründe haben, dass der

239 Hahn/Stegemann, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 332.

240 Hahn/Stegemann, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 332.

241 Vgl. statt vieler B/L/H/Anders, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 50 und 55.

Veräußerer die fraglichen Informationen nicht bereits im Vorfeld des Geschäfts mitgeteilt hat. Beim Rechtsübergang durch Erbfolge wird sich zwar ein Näheverhältnis zum Rechtsvorgänger häufig bejahen lassen, doch beschränkt sich der vermutete gute Informationsaustausch auf Informationsträger, die im Nachlassvermögen erhalten und als solche erkennbar sind; der mustergültig geordnete Nachlass dürfte eher die Ausnahme sein. In Wahrheit geht es hier in beiden Fällen maßgeblich um den Schutz des darlegungs- und beweisbelasteten Gegners: Dieser soll im Prozess nicht schlechter gestellt sein, als wenn der Rechtsvorgänger an Stelle der Partei ihm gegenüberstehen würde. Eine Nachforschungspflicht der Partei besteht nur, wenn die gegnerische Seite zuvor bereits in einem Rechtsverhältnis mit ihrem Rechtsvorgänger gestanden hat und daher schutzwürdig ist.

2. Gesetzliche Vertreter, rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter und sonstige Personen, für welche die Partei haftet

Die Überlegungen des historischen Gesetzgebers zur Nachforschungspflicht beim Parteieid scheinen für den Vertreter, hinsichtlich dessen Wahrnehmungsbereichs die Partei Nachforschungen anstellen soll, einer klaren Bestimmung nicht zu ermangeln:²⁴² Es soll der Vertreterbegriff des bürgerlichen Rechts Anwendung finden, der zum Zeitpunkt der Entwurfsbegründung allerdings noch nicht feststand. Ergänzend heißt es, das umfasse die Personen, für welche die Partei *haftet*. Darunter fallen gesetzliche, organschaftliche und rechtsgeschäftliche Vertreter, aber auch Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen sowie jede andere Person, für welche die Partei nach materiell-rechtlichen Regeln einzustehen hat. Die Haftung kann als vom Gesetzgeber vorgesehenes, klar fassbares Kriterium im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO für die Bestimmung der Personen, bei denen Erkundigungen notwendig sein sollen, fruchtbar gemacht werden. Der Gedanke dahinter ist so einfach wie eingängig: Wer im Rechtsverkehr nach materiell-rechtlichen Regeln für einen Dritten haftet, soll sich nicht dadurch aus der Affäre ziehen können, dass er sich zu dessen Handlungen und Wahrnehmungen im Prozess ohne vorherige Nachforschungen mit Nichtwissen erklärt. Literatur und Rechtsprechung haben sich diesem Punkt bereits weitgehend angenähert, lassen aber noch die letzte Klarheit vermissen.

²⁴² Hahn/Stegemann, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 332.

- a) Personen, die unter „Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung“ der Partei tätig waren – BGH NJW 1990, 453

Nach Inkrafttreten der ZPO beschränkten sich die meisten Darstellungen in der Literatur zu § 138 Abs. 4 ZPO auf die Einbeziehung des gesetzlichen Vertreters der Partei.²⁴³ Hinzu kam noch der Insolvenzverwalter, der sich über Wahrnehmungen des Insolvenzschuldners erklären soll.²⁴⁴ Hinsichtlich der Nachforschungspflicht beim Parteieid entbrannte bald Streit darüber, ob „Vertreter“ tatsächlich jeder sein soll, für den die Partei nach materiellem Recht haftet; die Rechtsprechung lehnte dies insbesondere mit Blick auf Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen ab.²⁴⁵ Erst spät wurden Stimmen laut, die im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO der Partei unter Einbeziehung weiterer Personen eine Nachforschungspflicht auferlegen wollten, etwa bei Wahrnehmungen des Prokuristen²⁴⁶ oder des Boten²⁴⁷. *Michel* nahm eine Nachforschungspflicht der Partei bei Wahrnehmungen eines Dritten an, wenn dieser „in einem ständigen Dienst- oder Arbeitsverhältnis steht“, worunter etwa der Geselle des Handwerkers fallen soll.²⁴⁸ In ständiger Rechtsprechung²⁴⁹ findet dann seit BGH NJW 1990, 453 die ähnliche, auf *Hartmann* zurückgehende Formel Verwendung, die Partei müsse Nachforschungen anstellen, wenn sich die behauptete Tatsache im Wahrnehmungsbereich von Personen zugetragen haben soll, „die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig waren“.²⁵⁰

Die Literatur hat sich dieser Formulierung angeschlossen,²⁵¹ wobei neben Erkundigungen bei gesetzlichen und organschaftlichen Vertretern, dem Insolvenzverwalter²⁵² sowie Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen²⁵³ auch übereinstimmend eine Nachforschungspflicht bei Wahrnehmungen des rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters bejaht wird, letzteres allerdings

243 Vgl. dazu *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 8 m. w. N.

244 Vgl. schon RG, Urt. v. 4.11.1902 – VII ZR 259/02, RGZ 53, 8, 9 f.

245 *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 12 m. w. N.

246 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 91.

247 *Michel*, JuS 1983, 36, 39.

248 Vgl. *Michel*, JuS 1983, 36, 39.

249 BGH, Urt. v. 15.11.1989 – VIII ZR 46/89, II 1, NJW 1990, 453 f.; vgl. auch schon BGH, Urt. v. 10.7.1986 – III ZR 19/85, II 4, NJW 1986, 3199, 3201.

250 Vgl. B/L/A/Hartmann, ZPO, ³⁹1981, § 138 5 A.

251 Vgl. statt aller *Greger*, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 16.

252 BGH, Urt. v. 15. 3.2012 – IX ZR 249/09, II 2b, NJW-RR 2012, 1004, 1005.

253 B/L/H/Anders, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 50.

zum Teil in eher missverständlicher Weise.²⁵⁴ Dabei stört sich ein Teil der Literatur an der – vermeintlichen – Gegenansicht *Stadlers*, wonach das Wissen des rechtsgeschäftlichen Vertreters der Partei gem. § 166 BGB *zugerechnet* werde, statt sich auf eine Nachforschungspflicht zu beschränken.²⁵⁵ Eine solche „Zurechnung“ kann es in der Tat nicht geben, weil auf dieser Stufe des Prozesses der Gegner bisher bloß behauptet hat, dass die Tatsache sich im Wahrnehmungsbereich des rechtsgeschäftlichen Vertreters ereignet haben soll. Bleibt die Erkundigung beim Vertreter erfolglos – etwa, weil dieser keine Erinnerung hat – muss sich die Partei das bloß behauptete Wissen nicht zurechnen lassen. Es wäre geradezu *absurd*, wenn die bloß behaupteten (!) Kenntnisse des rechtsgeschäftlichen Vertreters der Partei zugerechnet würden – man denke etwa an einen angeblich seitens des Vertreters erklärten Schulderlass, zu dem die Partei nichts mehr sagen kann, weil ihr Vertreter tot oder nicht auffindbar ist und eine entsprechende Dokumentation nicht existiert; letzteres womöglich deshalb, weil der behauptete Schulderlass frei erfunden ist.

Eine dahingehende Ansicht *Stadlers* gibt es aber so auch gar nicht. Der verfehlte Zurechnungsbegriff wird dort nicht einmal verwendet. Zwar heißt es, den eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen der Partei seien die ihrer rechtsgeschäftlichen Vertreter „gleichgestellt“.²⁵⁶ Gemeint ist damit auch hier nur eine Nachforschungspflicht, in der 4. Auflage noch mit der pointierten Anmerkung: „keine Zurechnung von Kenntnissen“.²⁵⁷

Es ist wohl zutreffend, wenn *Dötsch* zu diesem verqueren (Schein-)Gefecht um die „Zurechnung“ bemerkt, der Streit beruhe auf dem mangelhaften dogmatischen Fundament des § 138 Abs. 4 ZPO.²⁵⁸ Um keinen weiteren Missverständnissen²⁵⁹ Vorschub zu leisten: Die Regeln der Wissenszurechnung nach § 166 BGB werden als Wertungsgesichtspunkt für die Be-

254 Missverständlich ist insbesondere die Darstellung im Münchener Kommentar zur ZPO, ⁵2016, § 138 Rn. 30, wo es heißt, auf die Kenntnis des rechtsgeschäftlichen Vertreters käme es nicht an; aus einem Verweis ist jedoch zu entnehmen, dass eine Nachforschungspflicht bestehen soll, vgl. dort Rn. 20.

255 Vgl. – statt vieler – *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 44 einerseits, und *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO ¹⁶2019, § 138 Rn. 17 andererseits.

256 Vgl. *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, ¹⁶2019, § 138 Rn. 17; so auch die Formulierung *Hartmanns* bis zur 49. Aufl. 1991, gegen den sich die Fehlzuschreibung ursprünglich richtete, vgl. dazu sogleich Anm. 259.

257 Vgl. *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, ⁴2005, § 138 Rn. 17 Anm. 88.

258 Vgl. *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1366 f.

259 Auslöser für das bizarre Scheingefecht in der Literatur ist die Darstellung bei *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3235 und Anm. 29, der die Wissenszurechnung gem. § 166 BGB im Prozessrecht „im Grundsatz in gleicher Weise“ anwenden

stimmung desjenigen herangezogen, hinsichtlich dessen behaupteter Wahrnehmungen oder Handlungen die Partei im Prozess eine Nachforschungspflicht haben soll. Bleiben die Nachforschungen jedoch erfolglos, kann sich die Partei auf ihr Nichtwissen berufen. Eine Zurechnung nach materiell-rechtlichen Regeln kann selbstverständlich erst dann erfolgen, wenn die Kenntnis der fraglichen Personen nach der Überzeugung des Gerichts feststeht.

b) Personen, für welche die Partei nach materiell-rechtlichen Regeln haftet

Trotz des großen Rezeptionserfolgs und der unbestrittenen Möglichkeit, mit ihr praktische Ergebnisse erzielen zu können, ist *Hartmanns* Formel zu Recht als „unscharf“²⁶⁰ kritisiert worden. Stellvertretung und Erfüllungsgelhilfenschaft setzen keine „Anleitung und Aufsicht“ voraus,²⁶¹ deren Gegenüberstellung zum Verantwortungsbegriffs ist nicht stimmig und letzterer hat angesichts seiner Weite auch keinen Mehrwert für die sichere Bestimmung der Personen, die in den Wahrnehmungsbereich der Partei einzubeziehen sind. Ein präziser Anknüpfungspunkt könnte dahingehend

will, jedoch mit der Einschränkung, dass eine Erklärung mit Nichtwissen nach erfolglosen Nachforschungen beim Wissensvertreter möglich bleiben soll; mit dieser Einschränkung will *H. D. Lange* sich von der „anscheinend“ weitergehenden Ansicht *Hartmanns* abgrenzen; daran anschließend *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 75–77; *Ambis*, Nichtwissen, 1997, S. 140–145. Bei *Hartmann* hieß es seit der 39. Aufl. 1981, das Wissen der unter Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung stehenden Personen werde dem der Partei „gleichgestellt“, vgl. dort § 138 5 A, bzw. seit der 49. Aufl. 1991, auch diese Personen seien „Partei“ im Sinne von § 138 Abs. 4 ZPO, vgl. aktuell *B/L/H/Anders*, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 50. Eine Zurechnung von bloß behauptetem Wissen ist auch hier ersichtlich nicht gemeint.

260 *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1368; vgl. auch *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3237; *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 175.

261 Auch die Verrichtungsgehilfenschaft i. S. v. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB setzt keine tatsächliche „Anleitung und Aufsicht“ voraus; letztere betrifft vielmehr die Sorgfaltspflicht, welcher der Geschäftsherr zu seiner Exkulpation gem. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nachkommen muss. Jedoch verlangt die Verrichtungsgehilfenschaft Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit des Gehilfen und ein faktisches Direktionsrecht des Geschäftsherrn (vgl. dazu *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, ⁷2017, § 831 Rn. 14), sodass sich immerhin sagen ließe, dass die Verrichtungsgehilfenschaft die *Möglichkeit* zur Anleitung und Aufsicht durch den Geschäftsherrn einschließt.

formuliert werden, dass eine Nachforschungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmungen *all jener Personen besteht, für welche die Partei auch nach materiell-rechtlichen Regeln haftet*. In BGH NJW-RR 2016, 1251 ist zuletzt eine solche Akzessorietät von prozessualer Nachforschungspflicht und materiell-rechtlicher Haftung bereits angedeutet worden. Dort wurde eine Nachforschungspflicht hinsichtlich Wahrnehmungen eines Untervermittlers angenommen, welcher nicht unmittelbar von der Partei selbst eingesetzt worden war.²⁶² Ausgehend von der „Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung“-Formel kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass es auf eine Eingliederung in die geschäftliche Organisation nicht ankommt.²⁶³ Wenn der als Erfüllungsgehilfe auftretende Vermittler seinerseits einen Untervermittler als Erfüllungsgehilfen einsetzt, kann sich daraus eine mittelbare Haftung der Partei auch für den Untervermittler ergeben.²⁶⁴ Die Partei soll sich daher ihrer Verantwortung nicht dadurch entziehen, dass sie sich zu Wahrnehmungen des für sie handelnden Vermittlers mit Nichtwissen erklärt.²⁶⁵

„Insofern findet die materiell-rechtliche Haftung [...] ihre prozessuale Fortsetzung in einer Einschränkung der in § 138 IV ZPO vorgesehenen Möglichkeit, die Behauptung des Gegners mit Nichtwissen zu bestreiten.“

Eine weitere Entscheidung aus jüngster Vergangenheit fügt sich in diese Linie: In BGH BeckRS 2019, 18915 hat der VI. Senat entschieden, dass den Haftpflichtversicherer eine Nachforschungspflicht hinsichtlich der Handlungen des Versicherungsnehmers trifft. Wiederum erkennt der Senat, dass diese Nachforschungspflicht nicht mit der Aufsichts-und-Verantwortungs-Formel zu erklären ist, kommt jedoch – nach einer zweifelhaften Überlegung zur Wahrheitspflicht – zu dem Ergebnis, dass der gem. § 115 Abs. 1 VVG akzessorisch für den Schädiger haftende Versicherer mit diesem im gleichen „Lager“ stehe und daher bei diesem Erkundigungen einziehen müsse, bevor er sich mit Nichtwissen erklären kann.²⁶⁶

262 Vgl. BGH, Urt. v. 22.4.2016 – V ZR 256/14, II 2c; NJW-RR 2016, 1251, 1252.

263 Vgl. BGH, Urt. v. 22.4.2016 – V ZR 256/14, II 2c) bb); NJW-RR 2016, 1251, 1252.

264 Vgl. auch die Entscheidung BGH, Urt. v. 14.3.2003 – V ZR 308/02, II 2b) cc), NJW 2003, 1811, 1813, auf die BGH NJW-RR 2016, 1251, 1252 Bezug nimmt.

265 Vgl. BGH, Urt. v. 22.4.2016 – V ZR 256/14, II 2c) bb); NJW-RR 2016, 1251, 1252.

266 Vgl. BGH Urt. v. 23.7.2019 – VI ZR 337/18, II 2c, BeckRS 2019, 18915.

Das materielle Recht hat den Personenkreis, für den die Partei einzustehen hat, bereits konkretisiert. Eine prozessuale Nachforschungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmungen und Handlungen Dritter, für welche die Partei materiell-rechtlich haftet, führt zur konsequenten Fortsetzung dieser gesetzlichen Wertungen und entspricht im Übrigen auch dem Willen des historischen Gesetzgebers.

D. Möglichkeit und Zumutbarkeit der Nachforschung

Steht der Wahrnehmungsbereich fest, in dem die Partei Nachforschungen tätigen soll, müssen ihr diese im konkreten Fall auch möglich und zumutbar sein. Unter dem Aspekt der Möglichkeit von Nachforschungen kann die verschuldete Unmöglichkeit derselben diskutiert werden. Im Rahmen der Zumutbarkeit wird der richtige Maßstab exemplarisch an Hand der Frage untersucht, ob Auskunftsansprüche gegenüber ausgeschiedenen Vertretern der Partei im Rahmen der Nachforschungspflicht geltend gemacht werden müssen.

I. Möglichkeit der Nachforschung

Ist der Partei die Nachforschung nicht möglich, etwa weil eine Dokumentation vorprozessual nicht angelegt oder gar vernichtet wurde, stellt sich die Frage, ob ihr dies angelastet werden kann. Die möglichen Lösungsansätze können an Hand zweier Entscheidungen aus der Rechtsprechung verdeutlicht werden.

1. Ausschluss der Erklärung gem. § 138 Abs. 4 ZPO bei unterlassener Dokumentation – KG IBR 2017, 363

Das KG hat in einer jüngeren Entscheidung eine vorprozessuale Dokumentationsobliegenheit des Bestellers hinsichtlich der bestrittenen Vollständigkeit der Leistung des Werkunternehmers angenommen.²⁶⁷ Trägt

²⁶⁷ Vgl. KG, Beschl. v. 11.2.2014 – 27 U 152/13, II 2b, juris, Tz. 22. Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde ist gem. § 544 Abs. 6 S. 2 2. HS ZPO ohne Begründung zurückgewiesen worden, vgl. BGH, Beschl. v. 1.2.2017 – VII ZR 172/14, IBR 2017, 363.

der Unternehmer substantiiert an Hand eines eigenen Aufmaßes zum Umfang der Leistung vor, sei ein Bestreiten dieses Aufmaßes ohne konkrete Angabe, welcher Teil der Leistung nicht erbracht sein soll, unsubstantiiert.²⁶⁸ Sei der Besteller jedoch zum substantiierten Bestreiten nicht in der Lage, weil er kein eigenes Aufmaß erstellt hat und nach Vollendung der Arbeit durch Dritte auch nicht mehr erstellen kann, gehe das zu seinen Lasten.²⁶⁹ Rechtzeitig ein eigenes Aufmaß durch seinen Architekten oder die Drittfirmen erstellen zu lassen, hätte ihm oblegen.²⁷⁰ Offenbar soll diese Obliegenheitsverletzung nach Auffassung des KG eine Erklärung mit Nichtwissen ausschließen und zur Zugeständnisfiktion nach § 138 Abs. 3 ZPO führen.

2. Unterlassene Dokumentation nur im Rahmen der Beweiswürdigung relevant – BGH NJW 1996, 315

Anders hingegen der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1995: Dort hatte der Vermieter eine Beschädigung der Mietsache durch den seitens der beklagten Behörde eingewiesenen Obdachlosen behauptet, und den Zustand der Wohnung vor und nach der Einweisung dargelegt.²⁷¹ Den ordnungsgemäßen Zustand vor der Einweisung bestritt die Behörde „einfach“, d. h. mit Nichtwissen.²⁷² Der Senat kam zu dem Ergebnis, üblicherweise werde der Zustand der Mietsache bei Besitzeinräumung schriftlich festgehalten, nicht zuletzt deshalb, weil mit behaupteten Ersatzansprüchen wegen Verschlechterung der Mietsache nach Ablauf der Besitzzeit gerechnet werden müsse.²⁷³ Eine unterlassene Dokumentation soll jedoch keine Auswirkung auf die Möglichkeit der Partei haben, „einfach“ respektive mit Nichtwissen zu bestreiten;²⁷⁴ vielmehr sei dem Unterlassen einer gebotenen Beweissicherung im Rahmen der Beweiswürdigung mit Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast Rechnung zu tragen.²⁷⁵

268 KG, Beschl. v. 11.2.2014 – 27 U 152/13, II 2b, juris, Tz. 22.

269 KG, Beschl. v. 11.2.2014 – 27 U 152/13, II 2b, juris, Tz. 22.

270 KG, Beschl. v. 11.2.2014 – 27 U 152/13, II 2b, juris, Tz. 22.

271 BGH, Urt. 9.11.1995 – III ZR 226/94, NJW 1996, 315.

272 BGH, Urt. 9.11.1995 – III ZR 226/94, B I, NJW 1996, 315, 316; vgl. zur gleichgelagerten Entscheidung BGH, Urt. v. 27.9.1951 – IV ZR 155/50, BGHZ 3, 162–178 auch *Blomeyer*, AcP 158 (1959), 97, 100 f.

273 BGH, Urt. 9.11.1995 – III ZR 226/94, B II 2, NJW 1996, 315, 317.

274 Vgl. BGH, Urt. 9.11.1995 – III ZR 226/94, B II 1, NJW 1996, 315, 317.

275 BGH, Urt. 9.11.1995 – III ZR 226/94, B II 2, NJW 1996, 315, 317.

3. Keine Zugeständnisfiktion bei verschuldetem Nichtwissen

Die Vorschläge in der Literatur gehen überwiegend mit der Entscheidung des BGH dahin, dass eine verschuldete Unkenntnis nicht zwangsläufig zu einer Zugeständnisfiktion führen soll.²⁷⁶ Eine solch starre Fiktion sei nicht sachgerecht, wenn der Sachverhalt noch anderweitig aufgeklärt werden könne, die Unkenntnis nur auf leichter Nachlässigkeit beruhe und völlig offen sei, ob die andernfalls als zugestanden anzusehende Behauptung wahr ist.²⁷⁷ *Lange* schlägt deshalb vor, die „Erklärungsvereitelung“ gleich den Regeln zur Beweisvereitelung frei zu würdigen, „bis zu einer Umkehr der Erklärungslast“.²⁷⁸ *Amb's* hat dagegen zutreffend eingewandt, dass eine Umkehr der Erklärungslast – im Gegensatz zur Beweislast – nicht möglich ist.²⁷⁹ *Amb's* eigener Vorschlag, stattdessen nur bei besonders groben Sorgfaltspflichtverstößen eine Fiktion nach § 138 Abs. 3 ZPO anzunehmen,²⁸⁰ vermag jedoch schon deshalb nicht zu überzeugen, weil § 138 Abs. 3 ZPO keine Ermessensvorschrift ist.²⁸¹

Richtigerweise ist, dem Grundgedanken *Langes* folgend, das verschuldete Nichtwissen nach den Regeln zur Beweisvereitelung zu behandeln, wobei als *ultima ratio* nur eine *Beweislastumkehr* in Betracht kommt.²⁸² Ein Zugeständnis der gegnerischen Behauptung kann es weder in Form des § 138 Abs. 3 ZPO noch nach § 286 ZPO geben, weil das Verhalten der Partei eine solche Würdigung nicht rechtfertigt. Nur wenn der Partei Angaben möglich sind und sie diese dennoch verweigert, kann daraus geschlossen werden, dass die Erklärung ausbleibt, weil die gegnerische Behauptung zumindest teilweise für richtig gehalten wird und die Verweigerung nur den Sinn hat, dem Gegner zum Beweis zu zwingen. Wer es hingegen unterlässt, eine Dokumentation anzulegen, gibt damit noch nicht zu verstehen, dass er im Prozess aufgestellte gegnerische Behauptungen für richtig

276 Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 14; H. D. Lange, NJW 1990, 3233, 3239; Amb's, Nichtwissen, 1997, S. 214, 216. – A. A. Adloff, Vorlagepflichten, 2007, S. 184; Dölling, NJW 2013, 3121, 3125, vgl. dort auch Anm. 53.

277 H. D. Lange, NJW 1990, 3233, 3239; vgl. auch Morhard, Nichtwissen, 1993, S. 135.

278 Vgl. H. D. Lange, NJW 1990, 3233, 3239.

279 Vgl. Amb's, Nichtwissen, 1997, S. 216.

280 Amb's, Nichtwissen, 1997, S. 214, 216.

281 Davon ausgehend jedoch Amb's in Anlehnung an Stürmer, Aufklärungspflicht, 1976, S. 238; vgl. dagegen Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 142 und oben Teil II, Kap. 1 A III Anm. 36.

282 Vgl. auch Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 14.

hält – er weiß ja gerade nicht darum! Eine Zugeständnisfiktion würde dazu führen, dass die nachlässige Partei der Behauptungswillkür des Darlegungsbelasteten schutzlos ausgeliefert wäre. In Betracht kommen daher nur Beweiserleichterungen für den Darlegungsbelasteten.

Anzumerken ist noch, dass bereits bei der Annahme von vorprozessualen Dokumentationsobliegenheiten ein großes Maß an Zurückhaltung geboten erscheint: So, wie für den Darlegungsbelasteten die Substantiierung seiner Behauptungen nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob Modalitäten zu Zeit, Ort, und Gesprächspartnern vorgetragen werden,²⁸³ darf dem Bestreitenden nicht die Sammlung von Informationen als vorprozessuale Sorgfaltspflicht auferlegt werden, deren „Üblichkeit“ im Ermessen des Richters steht. Dokumentationsobliegenheiten als vertragliche Nebenpflicht sollten nur dort angenommen werden, wo die andere Seite – etwa der Patient in Arzthaftungsfällen – keine entsprechende Sicherung vornehmen kann. Wo es die darlegungs- und beweisbelastete Partei hingegen in der Hand hat, mit Blick auf einen künftigen Prozess selbst Vorsorge zu treffen, kann dem Gegner aus seiner Untätigkeit kein Vorwurf gemacht werden. Vom hier vertretenen Standpunkt wäre daher in den beiden eingangs angeführten Entscheidungen bereits das Bestehen einer Dokumentationsobliegenheit des Bestreitenden abzulehnen gewesen.

II. Zumutbarkeit der Nachforschungspflicht

Eine der Partei in ihrem Wahrnehmungsbereich mögliche Nachforschung findet ihre Grenze in der Zumutbarkeit solcher Bemühungen.²⁸⁴ Eine andere Frage ist,²⁸⁵ was die Partei dem Gericht im Rahmen ihrer Erklärungslast gem. § 138 Abs. 2 ZPO mitteilen muss: So ist etwa fraglich, ob Angaben, welche die Partei dem Risiko einer Strafverfolgung aussetzen würden, zurückgehalten werden dürfen.²⁸⁶ Dieser – hier nicht weiter zu vertiefende – Aspekt kann ebenfalls zu einer Begrenzung der Nachforschungspflicht führen, denn was die Partei nicht mitteilen muss, braucht sie auch nicht zuvor durch Nachforschungen ermitteln.

283 Siehe dazu Teil I, Kap. 1 D II, III.

284 Statt aller *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3238.

285 Differenzierend auch *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 166, 177.

286 Hierzu etwa *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 136 f. m. w. N.

1. Maßstab der Zumutbarkeit von Erkundigungen

Angesichts der Offenheit des Zumutbarkeitsbegriffs und seiner Abhängigkeit vom jeweiligen Einzelfall, lassen sich allgemein verbindliche Kriterien kaum aufstellen.²⁸⁷ Allenfalls kann es darum gehen, eine ungefähre Richtung aufzuzeigen, in welche sich die Aufklärungsbemühungen gleichsam bewegen sollten. Der BGH meinte in einer frühen Entscheidung, die Anforderungen an die Nachforschungspflicht im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO dürften nicht zu hoch angesetzt werden, da der Norm angesichts der Nachforschungspflicht zu den Wahrnehmungen Dritter bereits ein über ihren Wortlaut hinausgehender Regelungsgehalt beigemessen werde.²⁸⁸ Die Begründung ist misslungen, denn im Nachhinein den als richtig ermittelten Gehalt der Norm wieder einschränken zu wollen, ist unter methodischen Gesichtspunkten unhaltbar und war wohl in erster Linie der Angst vor der eigenen Courage geschuldet.²⁸⁹ Aber auch die in der Literatur verbreitete Gegenansicht, es seien „äußerste Bemühungen“ bei der Nachforschung zu verlangen,²⁹⁰ vermag in dieser Pauschalität nicht zu überzeugen.

Richtigerweise ist zu differenzieren: Steht ausnahmsweise fest, dass sich die Tatsache im Wahrnehmungsbereich der Partei ereignet hat – so etwa in den Fällen des Nicht-mehr-Wissens, wenn die Partei einräumt, einen bestimmten Sachverhalt wahrgenommen, die Wahrnehmungen aber wieder vergessen zu haben –, können allerdings größtmögliche Bemühungen bei der Nachforschung verlangt werden. Die Partei darf nicht allein deshalb den bequemen Weg einer Erklärung nach § 138 Abs. 4 ZPO wählen, nur weil ihr dem Grunde nach unstreitig vorhandenes Wissen gerade nicht präsent ist.

Nur maßvolle Anforderungen sind hingegen an die Nachforschungsbemühungen der Partei zu stellen, wenn sie zur Vermeidung prozessualer Nachteile, so wie regelmäßig, bereits auf die bloße Behauptung der Gegenseite hin tätig werden muss. Dann steht nicht fest, ob die Tatsache sich wirklich in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt hat und die Partei

287 Ähnlich *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 164: Dem Gericht verbleibt ein „nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum“.

288 BGH, Urt. v. 15.11.1989 – VIII ZR 46/89, II 1, NJW 1990, 454.

289 Ablehnend auch schon *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3238; *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 136; *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 183; *Nicoli*, JuS 2000, 584, 589; *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1368.

290 Vgl. *Michel*, JuS 1983, 36, 39; weitere Nachweise bei *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 183.

sich daher erklären können sollte. Bei einer unbewiesenen, möglicherweise nur vermutungsweise vorgetragenen oder gar phantasierten Behauptung können umfangreiche Nachforschungsbemühungen des Gegners nicht erwartet werden.

Probe aufs Exempel für den hier entwickelten Maßstab soll im Folgenden die Frage sein, wann die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen gegenüber Dritten zumutbar ist.

2. Exkurs: Zumutbarkeit von Erkundigungen bei Dritten, insbesondere Geltendmachung materiell-rechtlicher Auskunftsansprüche

Die wohl wichtigste Informationsquelle für die Partei, wenn kein Aktenwissen vorhanden ist, sind Erkundigungen bei Dritten.²⁹¹ Die instanzgerichtliche Rechtsprechung hat vereinzelt,²⁹² dann aber mit dem Beifall eines Teils der Literatur²⁹³ im Prozess des Zessionars gegen den Schuldner die Durchsetzung von Auskunftsansprüchen gegenüber dem Zedenten im Rahmen der Nachforschungspflicht des Zessionars für zumutbar gehalten. Dagegen hat der III. Senat des BGH in NJW-RR 2017, 1520 im Prozess des Anlegers gegen den Anlagevermittler die Durchsetzung von Auskunftsansprüchen seitens des beklagten Unternehmens gegenüber ausgeschiedenen Vertretern für unzumutbar erklärt. Allerdings wird dort auch bereits das Bestehen einer Erkundigungspflicht gegenüber ausgeschiedenen Geschäftsführern, Vorstandsmitgliedern und Mitarbeitern ganz grundsätzlich bezweifelt.²⁹⁴ Die ausgeschiedenen Personen stünden der Partei nicht näher als dem Gegner; etwaige Auskunftsansprüche müsse die Partei nicht geltend machen, dies sei ihr nicht zumutbar.²⁹⁵ Als vermeintlicher Beleg

291 Vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3237.

292 OLG Köln, Urt. v. 14.2.1990 – 13 U 162/89, VersR 1992, 78; LG Lüneburg, Urt. v. 7.1.1999 – 4 S 302/98, MDR 1999, 704; so wohl auch OLG Köln, Urt. v. 12.6.1995 – 18 U 1/95, NJW-RR 1995, 1407 f.; unklar OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.3.2016 – 2 UF 15/16, FamRZ 2016, 1855, 1856 f.

293 *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 43; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 26; *M. Schwab*, ZPR, ⁵2016, S. 141 Rn. 240; so wohl auch *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3238 und *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1367 Anm. 76. – A. A. *Ambts*, Nichtwissen, 1997, S. 185.

294 Vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1522 f.; ähnlich auch schon BGH, Urt. v. 30.4.2015 – IX ZR 1/13, II 2b) aa), NJW-RR 2015, 1321, 1323; ebenso *Wöstmann*, in: Saenger, ZPO, ⁸2019, § 138 Rn. 9.

295 BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1523.

für eine fehlende Erkundigungspflicht wird auf eine ältere Senatsentscheidung, BGH NJW 1987, 3123, verwiesen.²⁹⁶ Das nötigt zunächst zu einer Klarstellung: Bei der vermeintlichen Belegstelle BGH NJW 1987, 3123 liegt es nahe, dass es auf Erkundigungen bei dem früheren Geschäftsführer deshalb nicht ankommen sollte, weil dieser bereits vor dem streitgegenständlichen Geschehen ausgeschieden war, also gar keine sachdienlichen Auskünfte hätte geben können.²⁹⁷ An der grundsätzlich bestehenden Erkundigungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmungen von Vertretern und Gehilfen zu Vorgängen während ihrer Tätigkeit für die Partei gibt es keine Zweifel, und deren späteres Ausscheiden vermag daran richtigerweise nicht zu ändern.²⁹⁸ Zwei Entscheidungen des I. und VI. Senats, indem die Erkundigungspflicht ausdrücklich auch auf den ausgeschiedenen Geschäftsführer erstreckt wird,²⁹⁹ hat der erkennende Senat in seiner jüngeren Entscheidung offenbar übersehen.³⁰⁰ Zuletzt hat der VI. Senat eine Nachforschungspflicht hinsichtlich Tatsachen im Wahrnehmungsbereich des mittlerweile ausgeschiedenen Vorstandes wiederum bejaht (auch wenn die Entscheidung sich nicht ganz eindeutig zu der Frage verhält, ob die Erkundigungen direkt bei dem ausgeschiedenen Vertreter erfolgen müssen).³⁰¹

Zustimmung verdient jedoch im Grundsatz die Einschätzung in BGH NJW-RR 2017, 1520, dass unter dem Aspekt der *Zumutbarkeit* die gerichtliche Geltendmachung etwaiger Auskunftsansprüche gegenüber den Dritten abzulehnen sein kann.³⁰² Der Senat führt aus, die möglicherweise langwierige prozessuale Durchsetzung mit nicht absehbarem Erfolg könnte auch unter Abwägung der Interessen des Gegners von der Partei nicht verlangt werden.³⁰³ Dass dann auch die leere Drohung mit einem prozessualen Vor-

296 Vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1522 f. – Diese (Fehl-)Zuschreibung findet sich auch schon bei *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3234; *Ambis*, Nichtwissen, 1997, S. 137; *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1367 Anm. 67.

297 Vgl. BGH, Urt. 9.7.1987 – III ZR 229/85, 5a, ZIP 1987, 1102, 1104.

298 Siehe oben C I, II und – statt vieler – auch *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1367.

299 BGH, Urt. v. 13.1.1987 – VI ZR 303/85, II 1, NJW 1987, 1193; BGH, Urt. v. 19.4.2001 – I ZR 238/98, II 1, NJW-RR 2002, 612, 613.

300 Vgl. auch *Greger*, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 16 a. E.

301 BGH, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, B 2b) bb), NJW 2020, 1962, 1966 f.: Zur damaligen Organisationsstruktur und Arbeitsorganisation, den damaligen internen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten, den Berichtspflichten und den veranlassten Nachforschungen sei vorzutragen gewesen.

302 So auch schon *Ambis*, Nichtwissen, 1997, S. 185.

303 BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1523.

gehen nicht zumutbar sein soll,³⁰⁴ ist konsequent. Die Überlegungen des Senats bedürfen jedoch einer Vertiefung: Maßgeblich für Erwägungen zur Zumutbarkeit nach dem oben entwickelten Maßstab ist, ob es sich bei den angeblichen Wahrnehmungen des Vertreters um eine bloße Behauptung handelt (dann nur maßvolle Nachforschungsbemühungen), oder ob bereits feststeht, dass der Vertreter Wahrnehmungen gemacht hat und es insoweit nur noch um den Inhalt seiner Erinnerung geht (dann größtmögliche Bemühungen).

Vor diesem Hintergrund muss gefragt werden, welche Bedeutung der Verweigerungshaltung des Vertreters bei einem Auskunftsverlangen der erklärungsbelasteten Partei beizumessen ist. Dem ersten Anschein nach könnte das Schweigen auf ein entsprechendes Wissen des ausgeschiedenen Vertreters hindeuten. Verallgemeinerungsfähig ist dieser Schluss jedoch nicht. Beispielweise könnte der darlegungsbelastete Kläger behaupten, der ehemalige Vorstand habe während seiner Bestellung von bestimmten Rechtsverstößen in seinem Geschäftsbereich Kenntnis gehabt. Die beklagte Gesellschaft vertreten durch ihren aktuellen Vorstand weiß davon nichts. Ihr ausgeschiedener Vorstand weiß ebenfalls nichts von den angeblichen Rechtsverstößen und könnte sich daher wahrheitsgemäß auch nur so erklären (mithin könnte sich die Gesellschaft auf Nichtwissen berufen). Von einer solchen Erklärung mag der ausgeschiedene Vorstand dennoch mit der Überlegung absehen, dass er sich, sofern sich die Rechtsverstöße noch bewahrheiten sollten, im Innenverhältnis zur Gesellschaft wegen seiner *Unkenntnis* regresspflichtig gemacht haben könnte. Auch andere Motive für eine verweigerte Erklärung sind denkbar; so mag es sein, dass der ausgeschiedene Vertreter sich mit der Gesellschaft überworfen hat und aus diesem Grund jede Zusammenarbeit kategorisch ablehnt. Angesichts dieser möglichen Gründe für eine verweigerte Auskunft kann aus dem Schweigen des ausgeschiedenen Vertreters nicht der sichere Schluss gezogen werden, dass er über die behaupteten Tatsachen Kenntnis hat. Daher sollte der erklärungspflichtigen Partei auch nicht zugemutet werden, auf die möglicherweise bloß vermutungsweise aufgestellte oder gar phantasierte Behauptung des Gegners hin einen Rechtsstreit mit ihrem ausgeschiedenen Vertreter vom Zaun zu brechen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich der Maßstab für die Zumutbarkeit von Nachforschungsbemühungen danach richtet, ob bereits *feststeht*, dass die Partei oder eine Person, für welche sie haftet, Wahrnehmungen gemacht hat und es nur noch um den Inhalt derselben geht. Dann

304 BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1523.

können größtmögliche Bemühungen bei der Nachforschung verlangt werden, bevor sich die Partei auf eine Erklärung mit Nichtwissen zurückzieht. Solange jedoch nur *vermeintliche* Wahrnehmungen eines Dritten in Frage stehen, hinsichtlich derer die Partei eine Nachforschungspflicht trifft, dürfen nur maßvolle Anforderungen an die Erfüllung derselben gestellt werden, da die Partei hier auf die bloße Behauptung des darlegungsbelasteten Gegners hin tätig werden muss. Verweigert der ausgeschiedene Vertreter eine Auskunft gegenüber der erklärungsbelasteten Partei, kann daraus regelmäßig nicht der sichere Schluss gezogen werden, dass der Vertreter über entsprechendes Wissen verfügt. Mithin ist es der erklärungsbelasteten Partei regelmäßig unzumutbar, Auskunftsansprüche gegen den Vertreter auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Inwieweit diese Überlegungen auch auf die etwaige Durchsetzung von Auskunftsansprüchen gegenüber dem Zedenten übertragbar sind, ist eine Frage der Umstände des jeweiligen Einzelfalles. Unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten wird man namentlich noch berücksichtigen können, ob es der darlegungsbelasteten Partei möglich ist, den Dritten, in dessen Wissen sie die behauptete Tatsache gestellt hat, als Zeugen zu benennen.³⁰⁵

Schließlich sei noch einmal nachdrücklich darauf hingewiesen, dass die nichtdarlegungsbelastete Partei, wenn ihre Nachforschungsbemühungen sich im Rahmen des Zumutbaren als erfolglos erweisen, diesbezüglich *keine* Beweislast trifft.³⁰⁶

305 Vgl. auch BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1523; letztlich auch BGH, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, B 2b) bb) (3), NJW 2020, 1962, 1967.

306 Tendenziell anders BGH, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, B 2b) bb) (3), NJW 2020, 1962, 1967. Dort wird zunächst – zutreffend – festgehalten, dass die mögliche Benennung des ausgeschiedenen Vertreters als Zeuge eine Nachforschungspflicht des Gegners grundsätzlich nicht obsolet macht. Vorsicht ist jedoch geboten, wenn der Senat anschließend rätioniert, für den Fall, dass der Vertreter von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch mache, dürfe auf Grund einer verfassungsrechtlich gebotenen „fairen Verteilung der Darlegungs- und Beweislasten“ der eigentlich Darlegungsbelastete nicht schutzlos gestellt werden. Wenn damit gemeint ist, dass das Risiko einer erfolglosen Nachforschung nunmehr beim nichtdarlegungsbelasteten Gegner liegen soll, handelt es sich um keine dem Gesetz entsprechende, sondern willkürliche Umverteilung der Beweislast (vgl. Teil II, Kap. 2 A II). In dem vom Senat entschiedenen Fall wäre im Übrigen auch ein Indizienbeweis für die Kenntnis des Vertreters von den in Frage stehenden Vorgängen in Betracht gekommen.

Drittes Kapitel: Das Bestreiten negativer Tatsachen

Schon seit langem gilt der Satz *negativa nont sunt probanda* als widerlegt.³⁰⁷ Die sog. Negativentheorie, wonach der Beweis des Nichtvorliegens von Umständen – etwa das Fehlen eines Rechtsgrundes bei der Leistungskondition – nicht verlangt werden kann, findet heute keinen Zuspruch mehr; vielmehr ist auch eine Negative zu beweisen, wenn diese zu einem Tatbestand gehört, für den die Partei nach den allgemeinen Regeln beweisbelastet ist.³⁰⁸ Dennoch nehmen Rechtsprechung und weite Teile der Literatur übereinstimmend an, dass sich bei Behauptungen, die das Nichtvorliegen einer Tatsache zum Gegenstand haben, Besonderheiten hinsichtlich des Bestreitens ergeben sollen:³⁰⁹ Negative Tatsachen seien ohne Mitwirkung des Gegners schwer, wenn nicht sogar unmöglich zu beweisen; daher soll der Gegner negative Tatsachen substantiiert bestreiten müssen. Erst dadurch sei es dem Beweisbelasteten möglich, durch Widerlegung der positiven Angaben den Beweis zu führen. Richtig ist sicher, dass der Gegner eine schlüssige Behauptung bei entsprechendem Wissen, so wie sonst auch, substantiiert bestreiten muss. Zweifelhaft erscheint allein die Prämisse, negative Tatsachen seien nur durch Widerlegung der vom Gegner eingeführten Positiva zu beweisen. Wesentliches Anliegen dieses Kapitels ist es, die den negativen Tatsachen zugeschriebene Sonderrolle zu hinterfragen.

A. *Der eigene Standpunkt: Keine Besonderheiten im Vergleich zu positiven Behauptungen*

Bereits *Brehm* hat den Standpunkt vertreten, dass sich für Behauptungen, die das Nichtvorhandensein einer Tatsache zum Gegenstand haben, keine Besonderheiten hinsichtlich des Bestreitens ergeben.³¹⁰ Hat die Partei etwa das Fehlen einer Vergütungsabrede darzulegen und zu beweisen – Voraussetzung für die übliche Vergütung gem. § 632 Abs. 2 BGB –, kann sie dies

307 *Rosenberg*, Die Beweislast, ⁵1965, S. 330 f.

308 *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, ⁵2016, § 286 ZPO, Rn. 122.

309 Vgl. statt vieler *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13.

310 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 92–94.

auch ohne Mitwirkung des Gegners schlüssig behaupten: „Es wurde keine Vergütung vereinbart.“ Im Fall der Säumnis des Gegners könnte ein ihr günstiges Urteil ergehen. Ist der Gegner nicht säumig, muss er sich gem. § 138 Abs. 2 ZPO zum behaupteten Fehlen der Vergütungsabrede erklären. Will er bestreiten, muss dies grundsätzlich substantiiert, d. h. mit positiven Angaben geschehen. Das folgt schon aus den allgemeinen Regeln zum Bestreiten, und nicht aus einer vermeintlich besonderen Beweisnot bei negativen Tatsachen.³¹¹

Kein substantiiertes Bestreiten darf von dem Gegner verlangt werden, wenn er sich mit Nichtwissen gem. § 138 Abs. 4 ZPO erklären kann.³¹² So kann das behauptete Fehlen einer Vergütungsabrede von den Erben des Vertragspartners nach Ausschöpfung der Nachforschungsmöglichkeiten durch eine Erklärung gem. § 138 Abs. 4 ZPO streitig gestellt werden. Auch das folgt aus den allgemeinen Regeln.³¹³ Mithin gibt es auch keine seitens des Gegners eingeführten Gegenumstände, die widerlegt werden könnten. Für den Beweisbelasteten ist das aber regelmäßig kein großes Unglück: Auch ohne positive Gegenangaben bleibt der Beweis der negativen Tatsache möglich. Bei einem schriftlichen Vertragsschluss liegt es etwa besonders nahe, die fehlende Vergütungsabrede an Hand der Urkunde zu beweisen. Selbst wenn der Vertrag mündlich geschlossen wurde, steht einer erfolgreichen Beweisführung nichts im Wege: Etwa dann, wenn ein Dritter bei den Vertragsverhandlungen zugegen war und das Fehlen einer Abrede bezüglich der Vergütung glaubhaft bezeugen kann.

In Schwierigkeiten kann die Partei allerdings kommen, wenn sie etwa den Inhalt eines 4-Augen-Gesprächs zu beweisen hat, der Gesprächspartner verstorben oder nicht auffindbar ist und die Gegenseite, in deren Lager der Gesprächspartner stand, sich daher auf Nichtwissen berufen kann³¹⁴ – aber diese Schwierigkeiten bestehen ganz unabhängig davon, ob das Fehlen einer Abrede oder die positive Behauptung derselben bewiesen werden soll.³¹⁵ Dagegen bildet *Guldener* für die vermeintlich besonders große Beweisnot bei sog. unbestimmten negativen Tatsachen folgendes Beispiel:³¹⁶

311 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 94; ähnlich auch schon *Hanack*, AcP 164 (1964), 277, 282 f. (Anm. zu *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963).

312 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 94.

313 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 94.

314 Vgl. dazu *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3126 f.

315 Vgl. auch schon *Rosenberg*, Beweislast, ⁵1965, S. 331; *Hanack*, AcP 164 (1964), 277, 281 (Anm. zu *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963); *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 92 f.

316 Vgl. *Guldener*, Beweiswürdigung und Beweislast, 1955, S. 52 f.

Der Onkel verspricht dem Neffen ein Geschenk, wenn dieser während eines Jahres nicht raucht. Unterstellt, dass die Abrede den Neffen in der Beweislast sieht, steht dieser in der Tat vor Schwierigkeiten, weil er jenseits seiner eigenen Wahrnehmungen kein Beweismittel für den gesamten Zeitraum beibringen kann. Man wird jedoch kaum sagen können, diese Schwierigkeiten seien niedriger, wenn ein Geschenk für den Fall ausgelobt wird, dass sich der Neffe bis zu einem bestimmten Alter dreimal täglich die Zähne putzt.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Beweisführung in diesen Fällen – unabhängig davon, ob es sich um Positiva oder Negativa handelt – keineswegs unmöglich ist. Bei einem Geschehen, dass die Gegenseite mit Nichtwissen bestreiten darf, hat der ursprüngliche Anspruchsinhaber die Möglichkeit, seinen Anspruch abzutreten und dann im Prozess des Zessionars selbst als Zeuge aufzutreten.³¹⁷ Eine andere Frage ist es, ob sich das Gericht an Hand dieses Beweismittels von dem behaupteten Geschehen überzeugen kann,³¹⁸ und auch sie stellt sich ganz unabhängig davon, ob es sich um ein Geschehen oder Nichtgeschehen handelt.

B. Die herrschende Doktrin: Der Beweis negativer Tatsachen als Sonderfall

Nach der herrschenden Doktrin soll die Mitwirkung des Gegners für den Erfolg des Beweises zwingend notwendig sein, wenn es sich um eine negative Tatsache handelt. Die Prämisse, von welcher diese Anschauung ausgeht, lautet: Der Beweis einer negativen Tatsache könne nur durch Widerlegung *sämtlicher denkbarer* positiver Gegenumstände erbracht werden.³¹⁹ Daher sei die Beweisbarkeit einer Negativen schwer,³²⁰ in der Regel unmöglich.³²¹ Ganz überwiegend wird dieser Glaubenssatz an Hand zweier

317 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 25.9.2018 – VI ZR 234/17, II 2b, NJW 2019, 607, 608. – Ob es den Umweg über die Abtretung bedarf, oder eine Parteianhörung und gegebenenfalls eine Parteivernehmung von Amts wegen in Betracht kommt, ist streitig, vgl. dazu *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3126 f.

318 Vgl. *Paulus*, Lehrbuch, ⁶2017, S. 32 Rn. 66.

319 Vgl. etwa *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13; *Abrens*, in: Wicczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, § 284 Rn. 14; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 30 f.

320 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13; *Abrens*, in: Wicczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, Vor § 286 Rn. 131.

321 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 43.

Musterfälle zu veranschaulichen versucht.³²² Die Rechtsgrundlosigkeit i. S. d. § 812 BGB und die fehlende Kenntnis bestimmter Umstände, welche in zahlreichen Tatbeständen vorausgesetzt wird. Das Fehlen eines Rechtsgrundes muss der Bereicherungsgläubiger – jedenfalls bei der Leistungskondition – darlegen und beweisen. Dies sei ihm jedoch für sich genommen unmöglich, weil er dann *jeden* denkbaren Rechtsgrund widerlegen müsse.³²³ Die gleiche Schwierigkeit wird auch bei dem Beweis fehlender Kenntnis befürchtet: Es könne nicht bewiesen werden, dass zu *jedem* denkbaren Zeitpunkt in der Vergangenheit die Kenntniserlangung ausgeschlossen sei.³²⁴ Die Lösung für diese – sich aus der Prämisse ergebenden – Unbilligkeit soll sein, dass der Gegner seinem Bestreiten eine positive Gegendarstellung zu Grunde legen muss.³²⁵ *Jetzt erst* soll der Beweisbelastete nicht mehr sämtliche denkbare positive Gegenumstände widerlegen müssen, sondern darf sich auf die Widerlegung des durch den Gegner behaupteten konkreten Positivums beschränken.³²⁶ So sei es Sache des Gegners, einen bestimmten Rechtsgrund oder die Aufklärung über einen bestimmten Punkt positiv zu behaupten, woraufhin der Beweis durch Widerlegung des Positivums überhaupt erst möglich werde.³²⁷

C. Die Kritik an der Sonderfall-These

Richtig ist an dieser Lehre nur das Ergebnis: Der Gegner muss, wenn er kann, substantiiert bestreiten; zweifelhaft sind hingegen die Überlegungen, welche diesem Ergebnis zu Grunde gelegt werden. Wer etwa beweisen muss, beim Gebrauchtwagenkauf vom Verkäufer über einen Vorschaden nicht aufgeklärt worden zu sein, kann sich richterweise darauf beschränken, einen Zeugen anzubieten, der bei Besichtigung und Vertragsschluss zugegen war. Nach der Gegenansicht müsste die Partei beweisen, auch zu *keinem anderen Zeitpunkt* vor Vertragsschluss aufgeklärt worden zu sein. Demnach wäre der Beweisbelastete immer auf den Gegner angewie-

322 Vgl. statt vieler *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13.

323 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13.

324 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13.

325 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13; *Abrens*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, Vor § 286 Rn. 131 f.; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 62 f.

326 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13; *Abrens*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, vgl. § 284 Rn. 13 und Vor § 286 Rn. 132; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 63.

327 *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 63.

sen, der positive Angaben zum Zeitpunkt der angeblichen Aufklärung machen soll und so erst dem Beweisbelasteten die Widerlegung der angeblichen Aufklärung zu einem konkreten Zeitpunkt etwa mittels eines Alibis ermöglicht. Nach dieser Ansicht wäre der Negativbeweis mithin immer dann unmöglich, wenn die Gegenseite sich gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären kann – so etwa der Inhaber des Autohandels nach erfolglosen Nachforschungsbemühungen bei seinem ausgeschiedenen Vertriebsmitarbeiter. Da es dann keine Beschränkung auf einen konkreten Zeitpunkt gibt, an dem die angebliche Aufklärung stattgefunden haben soll, bliebe der Beweisbelastete in der misslichen Lage, die fehlende Aufklärung über den Mangel für jeden denkbaren Zeitpunkt vor Vertragschluss beweisen zu müssen.

Die entscheidende Frage ist, ob es im Prozess das Ausschließen sämtlicher Positiva bedarf, um das Negativum als erwiesen ansehen zu können. Um absolute Sicherheit hinsichtlich des Negativums zu erreichen, müssten in der Tat sämtliche positiven Gegenumstände widerlegt werden; man spricht von einem apagogischen Beweis.³²⁸ Eben diese vollständige Sicherheit braucht es aber nicht, um sich im Prozess eine Überzeugung vom (Nicht-)Vorliegen einer Tatsache zu bilden. Das Gesetz kennt keine Apagogik. Bekanntermaßen genügt vielmehr ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.³²⁹ Letzteres gilt gerade auch für den indirekten Beweis negativer Tatsachen. *Engisch* bemerkt dazu treffend:³³⁰ „Reine abstrakte Möglichkeiten, extreme Zufälle scheiden wie Wunder für den juristischen Indizienbeweis aus. Der Jurist muss sich stets streng an das Erfahrungswissen halten.“ Für die Widerlegung unwahrscheinlicher Gegenumstände ist dies besonders eingängig, trifft aber auch auf solche Fälle zu, in denen das Vorliegen von Gegenumständen nicht ganz unwahrscheinlich ist: Die abstrakt denkbaren Alternativen müssen nicht vollständig ausge-

328 *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 25. – In Wahrheit vermag auch der Apagoge keine vollständige Gewissheit zu vermitteln, sondern entfaltet nur eine vom Erkenntnishorizont abhängige Binnenlogik; einschränkend auch *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 26.

329 Vgl. *Paulus*, ZPR, 2017, S. 165 Rn. 431.

330 *Engisch*, Logische Studien, 1943, S. 75. – Vgl. auch *Rosenberg*, Beweislast, 1965, S. 181: Der Richter kann sich seine Überzeugung bilden „unbekümmert darum, daß im unerschöpflichen Gebiete der Möglichkeiten die Annahme des Gegenteils selbstverständlich nicht undenkbar ist.“

geschlossen werden – es genügt in den Worten *Engischs*, diejenigen Möglichkeiten auszuschalten, „die sich gerade nach Lage der Dinge anbieten.“³³¹

Wer also beweisen muss, beim Gebrauchtwagenkauf vom Verkäufer über einen Vorschaden nicht aufgeklärt worden zu sein und hierfür einen Zeugen anbietet, der bei Besichtigung und Vertragsschluss zugegen war, braucht nicht zusätzlich Beweis dafür antreten, dass er auch zu keinem anderen Zeitpunkt vor Vertragsschluss aufgeklärt wurde oder in irgendeiner Weise zufällig von dem Schaden Kenntnis erhalten hat, denn letzteres drängt sich nach den Umständen nicht auf. Und wenn der getäuschte Käufer dann nach einer Arglistanfechtung den Kaufpreis beim Verkäufer kondizieren will, wäre es abwegig, zur Überzeugung des Gerichts hinsichtlich der Rechtsgrundlosigkeit auch die Widerlegung aller anderen abstrakt möglichen Rechtsgründe für ein Behaltendürfen des Geldes zu verlangen.³³²

Die Sonderfall-These zu den negativen Tatsachen beruht auf der falschen Prämisse, ohne Mitwirkung des Gegners sei ein Beweis der Negativen nur durch Ausschluss aller denkbaren positiven Gegenumstände möglich. Die Unbilligkeit dieser These zeigt sich immer dann, wenn der Gegner sich einer Mitwirkung enthalten darf, weil ihm eine Erklärung mit Nichtwissen möglich ist. In Wahrheit bedarf es mitnichten der Widerlegung sämtlicher denkbaren Gegenumstände, sondern nur derjenigen, die nach den Umständen des Einzelfalls ernsthaft in Betracht zu ziehen sind.³³³ Nicht weniger, aber auch nicht mehr ist notwendig, um vernünftigen Zweifeln Schweigen zu gebieten.

D. Exkurs: Die Negativentheorie vor der Rückkehr?

Die herrschende Doktrin, wonach ein substantiiertes Bestreiten des Gegners bei negativen Tatsachen stets geboten sein soll, da nur so statt der unmöglichen Widerlegung sämtlicher denkbaren Gegenumstände nun eine Widerlegung der konkreten Angaben des Gegners den Beweis möglich

331 *Engisch*, Logische Studien, ¹1943, S. 80.

332 Vgl. auch *Guldener*, Beweiswürdigung und Beweislast, 1955, S. 53: Der Beweisbelastete muss nachweisen, aus welchem Rechtsgrund geleistet wurde und weshalb dieser konkrete Rechtsgrund nicht besteht.

333 Ähnlich auch schon *Hanack*, AcP 164 (1964), 277, 281 (Anm. zu *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963), der darauf hinweist, dass eine etwaige Beweisnot durch die Erfahrungssätze des täglichen Lebens in erheblichem Maße behoben werde.

machte, ist ihrer Prämisse nach fehlerhaft. Sie erweist sich im Ergebnis jedoch regelmäßig als unschädlich, denn ein substantiiertes Bestreiten ist bei entsprechender Kenntnis des Gegners richtigerweise nach den allgemeinen Regeln ohnehin geboten. Das mag erklären, weshalb die Sonderfall-These weithin bedenkenlos hingenommen wird. Dennoch ist die Kritik hieran kein selbstgenügsames Glasperlenspiel: In jüngerer Vergangenheit hat sich vermehrt gezeigt, dass die vermeintlich besonders große Schwierigkeit des Negativbeweises die Gerichte zu einer *Umkehr* der Darlegungslast und damit zu einer faktischen Rückkehr zur Negativentheorie verleitet.³³⁴

I. Die *Montezuma*-Entscheidung BGH GRUR 2009, 942

Es wurde bereits gezeigt, dass der Beweisbelastete bei Positiva und Negativa gleichermaßen in Schwierigkeit geraten kann, wenn sich der Gegner zu der fraglichen Behauptung mit Nichtwissen erklären darf. Es erscheint zweifelhaft, ob dem Beweisbelasteten hier in seiner unglücklichen Lage geholfen werden kann – etwa durch eine Absenkung des Beweismaßes³³⁵ – ohne dass dies auf Kosten des nicht minder schutzbedürftigen Gegners geschieht. Letzteres hat der BGH jedoch in jüngerer Vergangenheit auf dem Gebiet des Urheberrechts für billig empfunden und ist dabei sogar über eine bloße Beweismaßreduktion hinausgegangen. Gemeint ist die sog. *Montezuma*-Entscheidung des I. Senats: Dort behauptete die Klägerin, nach Wiederentdeckung der *Montezuma*-Oper *Vivaldis* die Komposition erstmals veröffentlicht und daher gem. § 71 UrhG Leistungsschutzrechte erworben zu haben.³³⁶ Deren Verletzung lastete sie einem Konzertveranstalter an, welcher mit der Aufführung des Werks begonnen hatte.³³⁷ Entscheidend war, ob die Komposition seit ihrer Entstehung nicht zu irgendeinem späteren Zeitpunkt erschienen ist.³³⁸ Hierfür ist nach dem Gesetz derjenige darlegungs- und beweisbelastet, welcher das Nichterschienensein behauptet. Offenkundig stellt sich Darlegung und Beweis des Nichterschienenseins bei einem langen Zeitraum als schwierig dar. Allerdings steht auch der Gegner dem Geschehen nicht näher als der Beweisbelastete und kann sich

334 Vgl. auch *Rüberg*, ZUM 2006, 122, 127.

335 So etwa *Rosenberg*, Beweislast, ⁵1965, S. 153.

336 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, GRUR 2009, 942.

337 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, GRUR 2009, 942.

338 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3, GRUR 2009, 942, 943.

hinsichtlich des Nichterschienenseins gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären.

Ausgangspunkt der Entscheidung müsste sein, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene Verteilung der Darlegungs- und Beweislast unbedingt anerkannt wird: Derjenige, der sich auf das Nichterschienensein beruft, ist in der Pflicht. Er kann nach einer kursorischen Recherche das Nichterschienensein vermutungsweise behaupten und unter Sachverständigenbeweis stellen. Das Sachverständigengutachten hat dazulegen, in welcher Form ein Erscheinen des Werks typischerweise zu erwarten wäre und dass in den einschlägigen Fundstellen kein Anhaltspunkt für ein Erscheinen festgestellt wurde. Dann stellt sich die Frage nach der Überzeugungskraft des Gutachtens, da bei einem Zeitraum von mehreren Jahrhunderten nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine Veröffentlichung übersehen wurde. Allein, absolute Sicherheit ist auch hier nicht notwendig, und es ist denkbar, dass sich das Gericht abhängig von der Methode des Gutachtens und dem Rechercheaufwand vom Nichterschienensein überzeugen kann. Gelingt es dem Beweisbelasteten jedoch nicht, dem Gericht die notwendige Überzeugung zu verschaffen, ist der gesetzlichen Risikozuweisung eines *non liquet* Folge zu leisten: Derjenige, der das Nichterschienensein behauptet, verliert den Prozess.³³⁹ Das ist – wie jede andere Beweislastentscheidung auch – kein völlig befriedigendes Ergebnis. Das gleiche Schicksal trifft aber etwa auch denjenigen, der aus eigenen Wahrnehmungen sicheres Wissen zu einem Geschehen hat, das Gericht hiervon jedoch mangels entsprechender Beweismittel nicht zu überzeugen vermag; man wird nicht sagen können, dass eine *non-liquet*-Entscheidung des Falles, in dem der Beweisbelastete um das Nichterschienensein selbst nicht weiß, sondern letzteres bloß vermutet, in einem höheren Maße das Gerechtigkeitsempfinden stört. Endlich würde auch eine Umverteilung der Beweislast dergestalt, dass der Gegner das positive Erschienensein zu beweisen hat, im Fall eines *non-liquet* gleichermaßen unbefriedigend sein; eine derartige Risikozuweisung wollte der Gesetzgeber zudem gerade nicht.

Anders jedoch der BGH: Die Lösung des I. Senats besteht darin, dem *Gegner* die Pflicht aufzuerlegen, eine Veröffentlichung substantiiert zu behaupten.³⁴⁰ Aus Beweisschwierigkeiten gerät der eigentlich Darlegungsbe-

339 So auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.1.2007 – 20 U 112/06, II 2, BeckRS 2007, 8362; vgl. auch schon *Rüberg*, ZUM 2006, 122, 129: Statt einem „allzu kreativen Umgang mit dem geltenden Recht“ ein „handwerklich sauber(er) Rückgriff“ auf die Regeln des *non liquet*.

340 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3a) bb), GRUR 2009, 942, 943.

lastete nun in eine komfortable Lage: Er kann abwarten, ob es dem Gegner gelingt, durch eine aufwendige Recherche der bloßen Vermutung, das Werk sei nicht erschienen, etwas entgegenzusetzen. Dazu führt der Senat aus:³⁴¹

„Da es in aller Regel schwierig ist, darzulegen und nachzuweisen, dass ein Werk nicht erschienen ist, kann er sich allerdings zunächst auf die Behauptung beschränken, das Werk sei bislang nicht erschienen. Es ist dann Sache der Gegenseite, die Umstände darzulegen, die dafür sprechen, dass das Werk doch schon erschienen ist. Der Anspruchsteller genügt seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn er diese Umstände widerlegt.“

Das ist nichts anderes als eine Umkehr der Darlegungslast. Der Konzertveranstalter hat keine eigenen Wahrnehmungen zu einer Veröffentlichung der streitgegenständlichen Komposition in einem Zeitraum von mehr als zwei Jahrhunderten. Hier steht der Gegner dem Geschehen also auch nicht näher als die eigentlich darlegungsbelastete Partei, soll aber dennoch zur Ermittlung eines Sachverhalts gezwungen werden, der sich gar nicht in seinem Wahrnehmungsbereich abgespielt hat.³⁴² Damit wird ihm das beträchtliche Risiko zugeschoben, eine in Vergessenheit geratene Erscheinung bei der Recherche nicht zu entdecken, was auch der Senat erkennt.³⁴³ Gerechtfertigt wird das mit einem Verweis auf die herrschende Doktrin zu den negativen Tatsachen:³⁴⁴ Deren Beweis sei hier „nahezu“ – also nicht vollständig³⁴⁵ – unmöglich, wenn nicht der Gegner Umstände behauptet, die der eigentlich Darlegungsbelastete dann widerlegen kann. Auch wenn man die zweifelhafte Berechtigung dieser Doktrin einmal dahinstehen lässt – der Senat scheint in seinen Erwägungen zu übersehen, dass damit ausschließlich Fälle gemeint sind, in denen der Gegner ohne Weiteres positive Gegenangaben machen kann. Hier aber steht der Gegner dem Geschehen fern, könnte sich eigentlich mit Nichtwissen erklären, und soll stattdessen die geforderten Gegenangaben zu einem Erscheinen des Werkes durch ein teures Privatgutachten ermitteln lassen. Es geht daher nicht um ein substantiiertes Bestreiten, wie der Senat glauben machen will, sondern um eine echte Umkehr der Darlegungslast.

341 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3a, GRUR 2009, 942, 943.

342 Vgl. auch schon *Götting/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2006, 638, 644.

343 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3a) bb), GRUR 2009, 942, 943.

344 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3a) bb), GRUR 2009, 942, 943.

345 Ebenso *Rüberg*, ZUM 2006, 122, 127.

In der *Montezuma*-Entscheidung machte sich die den Beklagten benachteiligende Umverteilung der Darlegungslast im Ergebnis nicht bemerkbar: Dort drang der Konzertveranstalter mit der Argumentation durch, bei den zur Uraufführung im Jahr 1733 verteilten Notenblätter und dem beim Opernhaus hinterlegten Exemplar handele es sich um Ersterscheinungen.³⁴⁶ Das dürfte auch der Grund für die wenig differenzierten Überlegungen zur Darlegungslast seitens des BGH sein. Dass der außerhalb des Geschehens stehende Gegner positive Gegenumstände ermitteln soll, läuft auf eine Umkehr der Darlegungslast hinaus; darin liegt letztlich eine Rückkehr zur Negativentheorie.³⁴⁷ Ursächlich dafür ist die verfehltete Prämisse, negative Tatsachen seien ohne Mitwirkung des Gegners besonders schwer, wenn nicht unmöglich zu beweisen – sie verleitet zur Überkompensation auf Kosten des Gegners.

II. „Eine eigenständige prozessuale Rechtsfigur“ – Die Entscheidungen des OLG Celle im Kapitalanlagerecht

Ähnliche Überkompensationserscheinungen zeigten sich zuletzt gleich in mehreren Entscheidungen des OLG Celle. Dort hatte der klagende Kapitalanleger darzulegen und zu beweisen, dass ein Prospekt zur Wertanlage nicht rechtzeitig übergeben worden sei. Das OLG vermisste seitens der beklagten Bank Angaben, wann genau, bei welcher Gelegenheit und in welcher Weise ihr Anlageberater den Prospekt übergeben haben wollte.³⁴⁸ Dass die Erkundigungsbemühungen der Bank bei ihrem früheren Vermittler erfolglos geblieben waren, sei anders als sonst nicht von Bedeutung, denn negative Tatsachen dürfe der Gegner grundsätzlich nicht mit Nichtwissen bestreiten.³⁴⁹ Die Erwägungen kulminieren in dem Ergebnis:³⁵⁰

„Das Nichtvorliegen einer – negativen – Tatsache zu bestreiten, ist dem Anspruchsgegner nur erlaubt, wenn er aus eigener Kenntnis oder aufgrund von Nachforschungen positiv behaupten kann, dass die Tatsache eingetreten ist (vgl. nochmals BGH, Beschluss vom 10. Februar 2011, a. a. O.). Ist er dazu – aus welchen Gründen auch immer – nicht in der Lage, trifft ihn die gleiche prozessuale Folge, die sonst einen An-

346 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3b, GRUR 2009, 942, 944 f.

347 Ähnlich auch schon *Rüberg*, ZUM 2006, 122, 127.

348 Vgl. OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, II 1c) ee), BeckRS 2016, 17035.

349 OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, II 1c) dd), BeckRS 2016, 17035.

350 OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, II 1c) dd), BeckRS 2016, 17035.

spruchsteller trifft, der nicht alle Tatbestandsmerkmale des einschlägigen Anspruchstatbestandes darlegen kann: Sein Vortrag wird als unschlüssig bzw. unerheblich behandelt. Zu seinem Nachteil ist dann davon auszugehen, dass die darzulegende – positive – Tatsache nicht vorliegt.“

Das führt zu einer Umkehr der Darlegungslast: Statt des Anlegers soll die Bank für die Rechtzeitigkeit der Aufklärung darlegungsbelastet sein. Deutlich reflektierter als noch der BGH in der *Montezuma*-Entscheidung stellt das OLG Celle fest, wenn der Gegner die Behauptung einer negativen Tatsache nicht hinnehmen wolle, treffe ihn „eine eigene Darlegungslast, nicht nur eine Bestreitenslast“, und zwar unter Ausschluss der sonst eigentlich möglichen Erklärung mit Nichtwissen.³⁵¹ Diese Darlegungslast gegenüber negativen Tatsachen sei eine „eigenständige prozessuale Rechtsfigur“.³⁵²

Für eine solche Umverteilung der Darlegungslast gibt es indessen keine Stütze im Prozessrecht.³⁵³ Das OLG Celle verweist auf die – vermeintlichen – Schwierigkeiten beim Nachweis negativer Tatsachen und eine – vermeintlich – einschlägige Entscheidung des BGH. Jene Entscheidung enthält tatsächlich auch eine undeutliche Stelle,³⁵⁴ bei näherer Betrachtung fällt jedoch auf, dass der BGH dort ausdrücklich die Entscheidung der Vorinstanz stützen wollte.³⁵⁵ Die Vorinstanz aber hat eine Erklärung mit Nichtwissen gegenüber negativen Tatsachen nicht ausgeschlossen. Im Gegenteil: Sie hat die grundsätzliche Möglichkeit einer solchen Erklärung ausdrücklich bejaht, die Voraussetzungen des § 138 Abs. 4 ZPO geprüft und nur mangels ausreichender Nachforschungsbemühungen im konkreten Fall abgelehnt.³⁵⁶

Zweifel mögen dem OLG Celle in einer Reihe nachfolgender Entscheidungen selbst gekommen sein: Dort meinte das OLG, es gebe einen „höchststrichtrichler verfassten Rechtssatz“ dahingehend, dass ein Bestreiten mit Nichtwissen gegenüber negativen Tatsachen unzulässig sei. Zwar sei es

351 Vgl. OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, II 1c) dd), BeckRS 2016, 17035.

352 OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, II 1c) dd), BeckRS 2016, 17035.

353 Ablehnend zur gleichgelagerten Nachfolgentcheidung auch *Krupp*, EWiR 2017, 431, 432 (Anm. zu OLG Celle, Urt. v. 26.1.2017 – 11 U 96/16).

354 Dort heißt es, die von der Beschwerde angeführte Rechtsprechung, wonach ein Bestreiten mit Nichtwissen zulässig ist, wenn die Partei ihre Nachforschungsmöglichkeiten ausgeschöpft hat, beziehe sich nicht auf den „Sonderfall“ des Bestreitens einer negativen Tatsache, vgl. BGH, Beschl. v. 10.2.2011 – IX ZR 45/08, 1a, BeckRS 2011, 4467.

355 Vgl. BGH, Beschl. v. 10.2.2011 – IX ZR 45/08, 1a, BeckRS 2011, 4467.

356 OLG Jena, Urt. v. 13.2.2008 – 7 U 147/07, BeckRS 2011, 4468.

zutreffend, dass der BGH diesen Rechtssatz nicht begründet habe, dennoch müsse der Senat ihm folgen.³⁵⁷ Für die unterlegene Partei muss es geradezu gespenstisch erschienen sein, dass sich ein Oberlandesgericht zur Gefolgschaft eines ungeschriebenen, darüber hinaus aber auch *nicht begründbaren* (weil nichtexistenten) Rechtssatzes verpflichtet fühlte. Mittlerweile hat der III. Senat des BGH dem Schrecken ein Ende bereitet:³⁵⁸ Die – vermeintlichen – Schwierigkeiten des Negativbeweises rechtfertigen keine Umkehr der Darlegungslast; es bleibt bei der Darlegungs- und Beweislast des Anlegers. Die Bank kann sich nach Ausschöpfung ihrer Nachforschungsmöglichkeiten mit Nichtwissen erklären.³⁵⁹

III. „Erkennbar falsch“ – Kein Absehen von der Verschuldensvermutung wegen vermeintlicher Schwierigkeit des Negativbeweises

Während das OLG Celle meinte, dem klagenden Kapitalanleger helfen zu müssen, hielt das OLG München die beklagte Bank für besonders hilfsbedürftig;³⁶⁰ Dort hätte es der Bank oblegen, das nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutete Verschulden gem. § 292 ZPO zu widerlegen. Das OLG hielt jedoch trotz der gesetzlichen Vermutung den Kapitalanleger in der Pflicht, zunächst Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Verhalten der Bank darzubringen, da der Bank ein Negativbeweis hinsichtlich des Fehlens des Vorsatzes abverlangt werde.³⁶¹ Das ist, wie *Elzer* anmerkt, „erkennbar falsch“, und führte zur Aufhebung durch den BGH.³⁶² Offenbar verleitete hier das Dogma von der vermeintlichen Schwierigkeit des Negativbeweises das Gericht dazu, die ausdrückliche gesetzliche Vermutung zu ignorieren – dabei ist im konkreten Fall nicht einmal ersichtlich, worin genau die Schwierig-

357 OLG Celle, Urt. v. 26.1.2017 – 11 U 96/16, II 2a) cc), EWiR 2017, 431, 432; v. 22. 6.2017 – 11 U 147/16, BeckRS 2017, 114249; v. 27.7.2017 – 11 U 142/16, BeckRS 2017, 118863.

358 BGH, Urt. v. 4.10.2018 – III ZR 213/17, II 2, WM 2018, 2175, 2177; BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2b, NJW-RR 2017, 1520, 1522.

359 BGH, Urt. v. 4.10.2018 – III ZR 213/17, II 2, WM 2018, 2175, 2177; vgl. auch schon *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3126 f.

360 Vgl. BGH, Beschl. v. 5.6.2018 – XI ZR 388/16, I, II 2b, BKR 2019, 51, 52.

361 Vgl. BGH, Beschl. v. 5.6.2018 – XI ZR 388/16, I, II 2b, BKR 2019, 51, 52.

362 Vgl. *Elzer*, FD-ZVR 2018, 408261 (Anm. zu BGH, Beschl. v. 5.6.2018 – XI ZR 388/16).

keit der Bank bestehen soll, sich durch Benennung ihrer Mitarbeiter als Zeugen zu entlasten.³⁶³

IV. Ergebnis zur Sonderrolle der negativen Tatsachen

Der Beweis negativer Tatsachen ist regelmäßig weder schwerer noch leichter zu erbringen als der Beweis positiver Tatsachen. Er setzt nicht voraus, dass sämtliche denkbare positive Gegenumstände widerlegt werden. Dementsprechend ist für eine erfolgreiche Beweisführung auch eine Eingrenzung auf konkrete Gegenumstände durch den Gegner nicht zwingend erforderlich. Andernfalls wäre der Negativbeweis immer dann unmöglich, sobald sich die Gegenseite mit Nichtwissen erklären kann. Letzteres sollte der herrschenden Meinung Anlass sein, ihre zweifelhafte Prämisse zu überdenken. Bleibt es bei der vermeintlichen Sonderrolle, wird diese Doktrin auch in Zukunft zu Überkompensationen verleiten, namentlich zu dem Schluss, die vermeintlich mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen besonders großen Schwierigkeiten seien dadurch auszugleichen, dass die im Gesetz vorgesehene Verteilung der Darlegungslast umgekehrt wird.

³⁶³ Vgl. auch *Elzer*, FD-ZVR 2018, 408261 (Anm. zu BGH, Beschl. v. 5.6.2018 – XI ZR 388/16).

Viertes Kapitel: Braucht es eine „sekundäre Darlegungslast“?

Schlüssige Behauptungen muss der Gegner, soweit er kann, mit positiven Gegenangaben bestreiten. Eine „sekundäre Darlegungslast“ soll den Gegner zu einem substantiierten Bestreiten verpflichten, wenn die darlegungsbelastete Partei außerhalb des Geschehens steht und daher nicht über die notwendigen Kenntnisse verfügt, während der Gegner sie hat und daher unschwer nähere Angaben machen kann. Dabei wird von dem Gegner natürlich nicht verlangt, gewissermaßen den Anspruch der darlegungsbelasteten Partei schlüssig zu machen und Behauptungen aufzustellen, die eigentlich Sache des Anderen sind;³⁶⁴ ebenso wenig ist damit gemeint, dass der Gegner etwaige Einreden vorbringen soll.³⁶⁵ Von daher ist die „sekundäre“ Darlegungs- oder „Behauptungslast“³⁶⁶ schon ihrem Namen nach verfehlt. Richtiger ist die Bezeichnung als „sekundäre Erklärungslast“ – nachdem sich die darlegungsbelastete Partei erklärt hat, soll sich auch der Gegner erklären. Das steht allerdings so auch schon im Gesetz, vgl. § 138 Abs. 2 ZPO, und das nach dieser Norm der Erklärung bei eigener Kenntnis positive Gegenangaben zu Grunde zu legen sind, wurde oben bereits gezeigt.³⁶⁷ Es stellt sich die Frage, wozu es noch eine „sekundäre Erklärungslast“ braucht.

In der Literatur deutet sich in letzter Zeit ein gewisses Unwohlsein hinsichtlich der Einordnung dieser Kunstschöpfung an. So bemerkt etwa *von Selle*, es werde zwischen den Rechtsinstituten des substantiierten Bestreitens einerseits und der „sekundären Darlegungslast“ andererseits nicht immer genau unterschieden; auch wenn ihre Grenzen im Einzelfall verschwimmen möchten, ließen sie sich jedoch „auf begrifflich-dogmatischer Ebene klar trennen“: Während substantiiertes Bestreiten erforderlich sei, wenn die darlegungsbelastete Partei substantiiert vorträgt, sei es bei der „sekundären Darlegungslast“ genau umgekehrt – der Gegner müsse sich hier erklären, obwohl der darlegungsbelasteten Partei substantiierte Be-

364 So lassen sich allerdings die Formulierungen in BGH, Urt. v. 14.6.2005 – VI ZR 179/04, II 2b) aa), NJW 2005, 2614, 2616 verstehen.

365 Vgl. auch schon *Musielak*, Beweislast, 1975, S. 54 und 143 Anm. 550.

366 So die prägende Formulierung *Leipolds*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²⁰1983, § 138 Rn. 29; siehe dazu auch Teil II, Kap. 1 A I 4.

367 Teil II, Kap. 1 B VI–VIII.

hauptungen nicht möglich seien.³⁶⁸ Ob diese Unterscheidung eine tatsächliche Grundlage hat, soll im Folgenden geprüft werden.

A. Die Entstehungsgeschichte der „sekundären Darlegungslast“

Der Siegeszug der „sekundären Darlegungslast“ hängt untrennbar mit der Erzählung zusammen, die diese Rechtsfigur begleitet:³⁶⁹ Sie soll eine Schöpfung der Rechtsprechung sein, was ihr gleichsam die besondere Dignität der Praxistauglichkeit verleiht. Für gewöhnlich wird ihr Entstehen mit drei älteren wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen³⁷⁰ in Verbindung gebracht, sie findet jedoch erst in den letzten Jahrzehnten einen „geradezu inflationären“³⁷¹ Gebrauch. Aufschlüsse hinsichtlich des Verhältnisses von substantiiertem Bestreiten und „sekundärer Darlegungslast“ geben diese Entscheidungen nicht. Lohnender ist es, die Überlegungen der Literatur nachzuvollziehen, die der Rechtsprechung teils vorangehen, teils eine dogmatische Einordnung zu geben suchen und das gegenwärtige Verständnis der Rechtsfigur maßgeblich prägen.

I. Leonhards „Aufklärungspflicht“

Ein apokrypher Vorläufer der „sekundären Darlegungslast“ ist die von *Leonhard* im Jahr 1904 konzipierte „Aufklärungspflicht“.³⁷² *Leonhard* meint, im Allgemeinen dürfe der nichtbeweisbelastete Gegner abwarten, ob dem Beweisbelasteten der Beweis gelingen wird „und sich also völlig passiv verhalten.“³⁷³ Ausnahmsweise jedoch könne sich den Umständen nach eine Aufklärungspflicht dergestalt ergeben, dass der Gegner positive

368 Vgl. *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 19.1.

369 Vgl. dazu etwa *Laumen*, in: Hdb. d. Beweislast, ⁴2018, S. 500–505.

370 Die sog. *Photokopier-Apparate*-Entscheidung RGZ 166, 240, die *Pressediens*-Entscheidung BGH NJW 1961, 826 und die sog. *Bärenfang*-Entscheidung BGH GRUR 1963, 270. – Zur richtigen Einordnung der *Pressediens*-Entscheidung siehe oben Teil I, Kap. 2 D IV 2 sowie Teil II, Kap. 1 C II 1.

371 *Laumen*, in: FS Prütting, 2018, S. 391, 395.

372 Vgl. *Leonhard*, Die Beweislast, 1904; im Folgenden wird aus der im Wesentlichen unveränderten Zweitauflage (1926) zitiert.

373 Vgl. *Leonhard*, Die Beweislast, ²1926, S. 184.

Gegenangaben machen muss.³⁷⁴ Das sei der Fall, wenn er dem Beweisthema erheblich näher steht als der Beweisbelastete, namentlich bei solchen Tatsachen, die allein oder doch hauptsächlich Gegenstand seiner Wahrnehmung sind; in diesem Fall sei er nach Treu und Glauben „zur näheren Darlegung“ verpflichtet.³⁷⁵ Aus Billigkeitsgründen soll dies auch gelten, wenn die Darlegung der eigentlich belasteten Partei nicht zugemutet werden kann, während vom Gegner Angaben erwartet werden dürfen.³⁷⁶ Beispielsweise soll der Gegner gegenüber einer negativen Tatsachenbehauptung zum substantiierten Bestreiten verpflichtet sein,³⁷⁷ etwa der behaupteten Rechtsgrundlosigkeit einen positiven Rechtsgrund entgegenhalten, auf dessen Widerlegung sich der Beweisbelastete dann beschränken darf.³⁷⁸ Aber auch bei positiven Behauptungen müsse der Gegner gleichsam „aushelfen“, wenn er dem Geschehen erheblich näher steht als der Darlegungsbelastete – so müsse er etwa genaue Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen machen.³⁷⁹ Kommt der Gegner seiner Aufklärungspflicht nicht nach, soll diese Untätigkeit im Rahmen der freien richterlichen Verhandlungswürdigung berücksichtigt werden; das „beredete Schweigen“ spreche dann gegen ihn.³⁸⁰ Zum Beweis der näheren Angaben, die im Rahmen der Aufklärungspflicht von ihm erwartet werden können, sei er jedoch im allgemeinen nicht verpflichtet.³⁸¹

Trotz der evidenten Nähe zur „sekundären Darlegungslast“ findet Leonhards „Aufklärungspflicht“ in der nachfolgenden Literatur kaum Erwähnung.³⁸² Immerhin kann mit gewisser Wahrscheinlichkeit eine verdeckte Rezeption seitens der Rechtsprechung, namentlich RGZ 166, 240, vermutet werden;³⁸³ Dort meinte das Reichsgericht in einem *obiter dictum*³⁸⁴, es werde sich häufig ergeben, dass die Partei außerhalb des Geschehens stehe

374 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 184.

375 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 183, 185 f.

376 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 185.

377 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 184.

378 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 185 f.

379 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 186; vgl. auch S. 183.

380 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 185; vgl. auch S. 183 und 186.

381 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 186.

382 Vgl. aber von Greyerz, Negative Tatsachen, 1963, S. 54–56; Musielak, Beweislast, 1975, S. 143.

383 So auch schon Musielak, Beweislast, 1975, S. 143.

384 Im konkreten Fall hatten die Klägerinnen ihre Behauptung, die Beklagte bediene sich zu Unrecht des Firmenzusatzes „Vereinigte“ Photokopier-Apparate GmbH, auch ohne Mitwirkung des Gegners an Hand von Handelsregisterunterlagen darlegen und beweisen können; dem Gegner hätte nun die Erbringung

und ihr die genaue Kenntnis der Tatsachen fehle, während der Gegner sie habe und, wenn er wolle, leicht die Aufklärung leisten könne.³⁸⁵ In diesen Fällen sei dem Gegner, auch unter dem Gesichtspunkt der nun – vermeintlich³⁸⁶ – in § 138 Abs. 1 ZPO normierten Mitwirkungspflicht eine wahrheitsgemäße und vollständige Erklärung anzuhängen, widrigenfalls das Gericht aus dem Ausbleiben der Aufklärung nach der Lebenserfahrung ihm ungünstige Schlüsse ziehen dürfe.³⁸⁷

II. Das Stufenmodell nach Lüderitz

Lüderitz schlug ein Modell vor, bei dem sich die Einlassungslast des Gegners gegenüber dem Normalfall verstärken soll, nämlich dann, wenn eine bloß vermutungsweise erfolgende Behauptung zwar keine Angaben enthält, die dem Gegner eine interessengerechte Verteidigung mittels Gegenbeweisen³⁸⁸ ermöglichen, sie sich jedoch auf tatsächliche Anhaltspunkte stützen kann, also nicht aufs Geratewohl aufgestellt wird.³⁸⁹ Der Gegner muss dann auch solche Angaben machen, die ihm ungünstig sind.³⁹⁰ Auf einer weiteren Stufe soll die Behauptungslast auf den Gegner verlagert werden, wenn der Darlegungsbelastete nicht in der Lage sei, eine schlüssige Behauptung aufzustellen – dafür brauche es jedoch schwerer wiegende Anhaltspunkte.³⁹¹ Als Beispiel hierfür wird die sog. *Bärenfang*-Entscheidung angegeben:³⁹² Dort behauptete die Klägerin, die beklagte Konkurrentin verfüge in Wahrheit nicht über das beworbene alte, ostpreußische Familienrezept für ihren *Bärenfang*-Likör. Dass die Beklagte stets in Köln ansässig war und über keine unmittelbaren Beziehungen nach Ostpreußen verfügte, genügte nach Auffassung des Senats als tatsächlicher Anhaltspunkt, um an der Richtigkeit der Werbung Zweifel zu wecken.³⁹³ Der Se-

des Gegenbeweises oblegen, vgl. RG, Urt. v. 10.3.1941 – II ZR 87/40, RGZ, 166, 240, 242.

385 RG, Urt. v. 10.3.1941 – II ZR 87/40, RGZ, 166, 240, 242.

386 Siehe oben Teil II, Kap. 1 B I.

387 RG, Urt. v. 10.3.1941 – II ZR 87/40, RGZ, 166, 240, 242.

388 Lüderitz, Ausforschungsverbot, 1966, S. 15.

389 Lüderitz, Ausforschungsverbot, 1966, S. 29 f.

390 Lüderitz, Ausforschungsverbot, 1966, S. 29.

391 Lüderitz, Ausforschungsverbot, 1966, S. 30 f.

392 Vgl. Lüderitz, Ausforschungsverbot, 1966, S. 31.

393 BGH, Urt. v. 13.7.1962 – I ZR 43/61, II 3, GRUR 1963, 270, 271.

nat nahm hier eine sich aus Treu und Glauben ergebende eigene Darlegungslast der Beklagten an.³⁹⁴

Anders als etwa noch *Leonhard*, dem zufolge sich der Gegner im Grundsatz „völlig passiv“ verhalten darf, geht *Lüderitz* davon aus, dass gegnerische Tatsachenbehauptungen substantiiert bestritten werden müssen. Das Problem wird von der Behauptungsseite her aufgebaut: Der Gegner soll sich auch zu Vermutungen des Darlegungbelasteten erklären müssen, obwohl ihm eine interessengerechte Verteidigung durch Antritt von Gegenbeweisen angesichts der wenig konkreten Behauptung nicht möglich ist.

III. Stürners Erklärungspflicht gegenüber Pauschalbehauptungen

Noch deutlicher wird dieser Ansatz in der Darstellung *Stürners*: Im Ausgangspunkt steht für ihn die Frage, ob an der Substantiierung der Tatsachenbehauptungen streng festgehalten werden soll.³⁹⁵ Schon in der Vergangenheit habe die Rechtsprechung statt Tatsachen auch „Pauschalbehauptungen“ genügen lassen.³⁹⁶ Mit den „Pauschalbehauptungen“ sind Vermutungen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte gemeint,³⁹⁷ denen es eigentlich an Substantiierung fehle,³⁹⁸ die jedoch auf Grund einer „teleologischen Reduktion des Substantiierungsgrundsatzes“³⁹⁹ als ausreichend anzusehen sein sollen. Das Gesetz gehe eigentlich von einer gut informierten Partei aus,⁴⁰⁰ jedoch entspreche es dem „funktionsbestimmten Kern“ der Substantiierung, auch Vermutungen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte zuzulassen.⁴⁰¹ Daher soll im Wege einer weiten Auslegung des § 138 Abs. 2 ZPO der Gegner auch solche Behauptungen substantiiert bestreiten.⁴⁰²

Die Literatur hat den Gedanken einer Ermäßigung der strengen Substantiierungsanforderungen auf gewisse Anhaltspunkte im Falle von Informationsasymmetrie aufgegriffen und mehrheitlich als Wesensgehalt der

394 BGH, Urt. v. 13.7.1962 – I ZR 43/61, II 2 f., GRUR 1963, 270, 271.

395 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 14.

396 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 16 und 98 f.

397 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 110 f., 119–121.

398 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 67.

399 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 119 f.

400 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 7.

401 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 120.

402 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 99.

„sekundären Darlegungslast“ ausgegeben.⁴⁰³ *Abrens* etwa erklärt, grundsätzlich habe dem substantiierten Bestreiten eine substantiierte Behauptung vorauszugehen; „In Fällen der sekundären Darlegungslast fehlt es an einer solchen vorangegangenen substantiierten Behauptung; die Substantiierung erfolgt vielmehr erstmals durch den Bestreitensvorgang der gegnerischen Partei.“⁴⁰⁴ Und *Prütting* führt aus, eine „erweiternde Auslegung“ des § 138 Abs. 2 ZPO ergebe, dass im Einzelfall auch eine „nicht näher substantiierte“ Behauptung die Erklärungslast des Gegners auslösen kann.⁴⁰⁵

B. Die Kritik an der „sekundären Darlegungslast“

Für eine „sekundäre Darlegungslast“ gibt es demnach zwei alternative Prämissen: Eine Prämisse lautet, grundsätzlich dürfe der Gegner jede schlüssige Behauptung „einfach“ bestreiten; steht der Darlegungsbelastete außerhalb des Geschehens, soll jedoch ausnahmsweise ein substantiiertes Bestreiten erforderlich sein (so etwa *Leonhard*, und auch heute noch ein Teil der Literatur⁴⁰⁶). Die andere Prämisse lautet: Substantiierte Behauptungen müssen grundsätzlich substantiiert bestritten werden. Kann der außerhalb des Geschehens stehende Darlegungsbelastete nicht substantiiert vortragen, soll der Gegner ausnahmsweise auch die „an sich“⁴⁰⁷ unsubstantiierte Behauptung substantiiert bestreiten müssen (*Lüderitz*, *Stürner* und ihnen folgend die herrschende Lehre). Beide Prämissen sind indessen, wie zu zeigen sein wird, hinfällig, sodass es der „sekundären Darlegungslast“ an einer Existenzberechtigung fehlt.

Grundlage für die Widerlegung ist die Zusammenführung der bisher gesammelten Erkenntnisse zur Substantiierungslast: Substantiiert ist eine Behauptung bereits dann, wenn eine Schlüssigkeitsprüfung möglich ist.⁴⁰⁸ Die Einlassungsfähigkeit ist für die Substantiierung kein maßgebliches Kriterium.⁴⁰⁹ Vermutungsweise aufgestellte Behauptungen sind zulässig, wenn es nach dem Vortrag der Partei tatsächliche Anhaltspunkte für die

403 Vgl. statt vieler *Laumen*, in: Hdb. d. Beweislast, ⁴2018, S. 499 Rn. 2.

404 Vgl. *Abrens*, in: Wiczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, Vor § 286 Rn. 43;

405 Vgl. *Prütting*, in: FS Krüger, 2017, S. 433, 435 f.

406 So vor allem *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 47–50, Rn. 58–61; siehe auch Teil II, Kap. 1 A I 4.

407 *Laumen*, in: FS Prütting, 2018, S. 391, 396.

408 Teil I, Kap. 1 C III.

409 Teil I, Kap. 1 C II 1, D III.

Behauptung gibt.⁴¹⁰ Schließlich muss sich der Gegner gegenüber schlüssigen Behauptungen grundsätzlich mit positiven Gegenangaben erklären, wenn er über entsprechendes Wissen zum Geschehen verfügt.⁴¹¹

I. „Sekundäre Darlegungslast“ als Ausnahme zu einem regelmäßig zulässigen „einfachen“ Bestreiten?

Die Widerlegung der Annahme, ein „einfaches“ Bestreiten sei regelmäßig genügend, nur in Fällen von Informationsasymmetrie sei ein substantiiertes Bestreiten geboten, kann sich hier auf einen Verweis beschränken: Es wurde bereits gezeigt, dass schlüssige Behauptungen substantiiert bestritten werden müssen, wenn der Gegner über entsprechendes Wissen verfügt.⁴¹² Eine „sekundäre Darlegungslast“ als Ausnahme zu einem – vermeintlich – sonst stets zulässigen „einfachen“ Bestreiten kann es daher nicht geben.

II. „Sekundäre Darlegungslast“ als Ausnahme von einem Grundsatz, wonach nur substantiierte Behauptungen substantiiert bestritten werden müssen?

Die zweite Prämisse besagt, der Gegner müsse grundsätzlich substantiierte Behauptungen ebenso substantiiert bestreiten. Gegenüber „pauschalen“ Behauptungen soll hingegen ein „einfaches“ Bestreiten genügen, es sei denn, es liegt ein Fall von Informationsasymmetrie und damit der „sekundären Darlegungslast“ vor.

Es ist schon oft bemerkt worden, dass die „pauschale“ Behauptung dennoch schlüssig sein muss.⁴¹³ Andernfalls könnte sich der Gegner gar nicht erklären, ohne dass sich die Zugrundelegung des unschlüssigen Vortrags zu seinen Ungunsten auswirkt. Das folgt schon daraus, dass er bei unschlüssigem Vorbringen der Verhandlung auch ganz fernbleiben könnte, vgl. § 331 Abs. 2 ZPO.

Die Behauptungen sollen also, wenn auch „pauschal“, zumindest schlüssig sein. Das impliziert eine Art Stufenverhältnis: Auf der unteren Stufe

410 Teil I, Kap. 2 D II.

411 Teil II, Kap. 1 B VI–VIII.

412 Teil II, Kap. 1 B VI–VIII.

413 Statt vieler *Borck*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 132.

würden demnach Behauptungen stehen, die „nur“ schlüssig sind; darüber stehen Behauptungen, die nicht nur schlüssig, sondern „auch“ substantiiert sind. Lüderitz, der eine solche Abstufung ausdrücklich vorgesehen hat, ging von der Annahme aus, Substantiierung sei daran zu messen, ob der Gegner sich interessengemäß verteidigen könne.⁴¹⁴ Im ersten Teil der Arbeit wurde jedoch gezeigt, dass es ein solches Stufenverhältnis nicht geben kann:⁴¹⁵ Ausreichend ist ein Tatsachenvortrag, der bei Wahrunterstellung den fraglichen Rechtssatz rechtfertigt. Substantiierung kann nicht mehr erfordern, als zu einer Schlüssigkeitsprüfung notwendig ist.

Eine ähnliche Form des Stufenverhältnisses ergibt sich aus den Überlegungen Stürners und der herrschenden Lehre: Im Normalfall sei von der gut informierten Partei auszugehen, die einen konkreten Sachverhalt und nicht bloß Vermutungen vorbringen könne; dass sei die Grundvorstellung des Gesetzes.⁴¹⁶ Solche Behauptungen sollen substantiiert, Vermutungen hingegen „pauschal“⁴¹⁷ und „an sich“ unsubstantiiert⁴¹⁸ sein. Die Vermutung, welche die außerhalb des Geschehens stehende Partei aufstellt, wird gleichsam als eine Art weniger substantiierte Behauptung zweiter Klasse empfunden, auf die der Gegner dennoch substantiiert zu antworten hat, so, als müsse er auf einen „fiktiv vollständigen“⁴¹⁹ Vortrag erwidern. Dass die Vermutungen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte sich dann nach einer teleologischen Reduktion auch bei Stürner im „Kern“ als substantiiert erweisen,⁴²⁰ legt allerdings nahe, dass die Unterscheidung von vornherein nicht sonderlich zwingend ist. Man muss sich auch vor Augen halten, dass die Abstriche, die Stürner bei den vermutungsweisen Behauptungen machen will, sich in Abgrenzung zu den überschießenden Anforderungen verstehen, die nach seiner Auffassung an einen Vortrag auf Grund sicheren Wissens zu stellen sind: So sollen etwa bei der Behauptung einer Abrede, an der die Partei selbst beteiligt gewesen sein will, schlüssigkeitsfremde Modalitäten zu Zeit, Ort und Umständen derselben erforderlich sein.⁴²¹ Nur bei diesem Verständnis der „Plausibilitätskontrolle“ als Normalfall lässt sich sinnhaft von einer Ermäßigung der Substantiierungsanforderungen bei vermutungsweisem Vorbringen sprechen.

414 Vgl. Lüderitz, Ausforschungsverbot, 1966, S. 15.

415 Teil I, Kap. 1 C III, D II.

416 Vgl. Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 7.

417 So etwa auch Laumen, in: Hdb. d. Beweislast, 42018, S. 507 Rn. 31.

418 So etwa Ahrens, Der Beweis, 2015, S. 260 Rn. 37.

419 Adloff, Vorlagepflichten, 2007, S. 178.

420 Vgl. Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 119 f.

421 Vgl. Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 119, 127.

Richtigerweise ist dem Gesetz eine unterschiedliche Behandlung schlüssiger Tatsachenbehauptungen abhängig davon, ob sie auf Vermutungen oder sicherem Wissen beruhen, nicht zu entnehmen. An der Zulässigkeit von vermutungsweisen Behauptungen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte gibt es in Literatur und Rechtsprechung keine Zweifel.⁴²² Eine darüberhinausgehende „Plausibilitätskontrolle“ wird zu Recht ganz mehrheitlich abgelehnt.⁴²³ Eine Ermäßigung kann es daher nicht geben, weil der Maßstab von vornherein alleine die Schlüssigkeit der Behauptung ist. Für eine folgenlose Differenzierung zwischen schlüssigen Behauptungen, die auf sicherem Wissen beruhen und solchen, die vermutungsweise vorgetragen werden, besteht keine Notwendigkeit.

Festzuhalten ist, dass schlüssige Behauptungen nicht weniger substantiiert sind, wenn sie den Gegner nicht in seiner Einlassungsfähigkeit stärken oder auf Vermutungen an Hand tatsächlicher Anhaltspunkte beruhen. Solche Behauptungen sind vielmehr, wie alle anderen schlüssigen Behauptungen auch, mittels positiver Gegenangaben substantiiert zu bestreiten, soweit der Gegner über entsprechendes Wissen verfügt.

III. Rat zur Aufgabe der Rechtsfigur

Substantiierung setzt lediglich voraus, dass eine Schlüssigkeitsprüfung an Hand des Tatsachenvortrags möglich ist. Gegenüber substantiierten Behauptungen sind bei entsprechendem Wissen positive Gegenangaben notwendig. Nur wer eine dieser Erkenntnisse leugnet, kann eine Daseinsberechtigung der „sekundären Darlegungslast“ bejahen.

Wer indessen auf dem Boden der oben genannten Grundsätze steht, also ein substantiiertes Bestreiten gegenüber schlüssigen Behauptungen für geboten hält, auch mit der Rechtsprechung und entgegen der Auffassung von *Lüderitz* und *Stürmer* allein die Möglichkeit zur Schlüssigkeitsprüfung als Maßstab des substantiierten Behauptens anerkennt, und dennoch eine „sekundäre Darlegungslast“ bemüht, schafft eine Parallelkonstruktion ohne Mehrwert, dafür aber mit erheblichem Missverständnispotential. Die „sekundäre Darlegungslast“, wie sie gegenwärtig von der herrschenden Ansicht aufgefasst wird, ist eine einzige – redundante – Umschreibung, dass schlüssige Behauptungen auf Grund von Vermutungen zulässig sind, und sich der Gegner, wie sonst auch, gegenüber schlüssigen Behauptungen zu

422 Teil I, Kap. 2 B III, C.

423 Siehe dazu Teil I, Kap. 1 C II, D III und Kap. 2 D III.

erklären hat. In der Redundanz liegt zugleich das Missverständnispotential dieser Rechtsfigur: Da die „sekundäre Darlegungslast“ ihren Voraussetzungen nach eine Ausnahme sein soll – substantiiertes Bestreiten bei Informationsasymmetrie – liegt es nahe, dass sich Fehlschlüsse wie in BGH NJW 1993, 1782⁴²⁴ – substantiiertes Bestreiten „nur“ bei Informationsasymmetrie – wiederholen. Schon jetzt werden in Kommentierungen, die seit jeher positive Gegenangaben bei entsprechendem Wissen grundsätzlich für geboten hielten, „substantiiertes Bestreiten“ und „sekundäre Darlegungslast“ begrifflich gleichgesetzt⁴²⁵ und damit der Umkehrung des Grundsatzes zu einer Ausnahme Vorschub geleistet. Die Aufgabe der Rechtsfigur erscheint daher nicht nur ratsam, um gleichsam unnötigen Ballast abzustreifen, sondern auch, um eine Quelle für zukünftige Missverständnisse zu beseitigen.

IV. Exkurs: Die Billigkeitsjudikatur des BGH im Bereich der Anschluss- und Halterhaftung

Wie bisher gezeigt wurde, sind substantiiertes Bestreiten und „sekundäre Darlegungslast“ inhaltsgleiche Umschreibungen der Erklärungslast, die den Gegner bei Kenntnis des Geschehens gegenüber den vermutungsweisen Behauptungen des Darlegungsbelasteten, so wie auch sonst gegenüber Behauptungen auf Grund sicheren Wissens trifft. Die „sekundäre Darlegungslast“ erweist sich insoweit als redundant. Eine ganz neue, eigenständige Bedeutung erlangt die „sekundäre Darlegungslast“ jedoch zuletzt in der Rechtsprechung des BGH⁴²⁶ zur Anschluss- und Halterhaftung. Mit Anschlusshaftung sind hier Fälle gemeint, in denen von einem Internetanschluss aus Urheberrechtsverletzungen begangen werden. Die Halterhaftung meint im Folgenden Konstellationen, in denen der Fahrzeughalter auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Überschreitung der Nutzungsdauer eines privaten Parkplatzes in Anspruch genommen wird, ohne das sich

424 Vgl. Teil II, Kap. 1 C II 4.

425 So etwa seit der 60. Aufl. 2002 B/L/A/Hartmann, ZPO, § 138 Rn. 29. – Hartmann hielt ursprünglich ein substantiiertes Bestreiten auch dann für geboten, wenn beide Parteien, wie etwa im *Stahlgeschäfte*-Fall BGHZ 12, 49 (vgl. dazu Teil II, Kap. 1 A IV) gleichermaßen gut informiert sind; deutlich insoweit etwa noch die 39. Aufl. 1981, § 138 B 4a.

426 Zu ähnlichen Entwicklungen in der unterinstanzlichen Rechtsprechung bereits B. Ackermann, in: FS Vorwerk, 2019, S. 1, 9 f., die gleich der Cassandra nachdrücklich vor den Gefahren einer Verselbstständigung der Rechtsfigur hin zu einer reinen Billigkeitsjudikatur warnte.

sagen lässt, ob der Halter (als Fahrer) oder ein Dritter den Mietvertrag durch Benutzung der Parkfläche mit dem Kraftfahrzeug des Halters eingegangen ist.

Im Prozess ist die Verteidigung des beklagten Anschlussinhabers respektive Halters in beiden Fällen gleich – der Beklagte beschränkt sich sinngemäß auf die Erklärung: „Ich war’s nicht“, ohne anzugeben, wer statt seiner die Urheberrechtsverletzung begangen haben soll oder den Mietvertrag durch Benutzung des Parkplatzes mit dem Fahrzeug des Halters abgeschlossen haben könnte. Hierzu hält der BGH den Beklagten jedoch jeweils nach den Grundsätzen der „sekundären Darlegungslast“ für verpflichtet.⁴²⁷ Auf den ersten Blick mag es so erscheinen, als seien die Voraussetzungen für eine substantiiertes Bestreiten tatsächlich gegeben: Hat sich die behauptete Tatsache im Wahrnehmungsbereich des Beklagten ereignet, soll dieser sich hierzu erklären. Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Erklärung, es nicht gewesen zu sein, bereits ausreichend ist. Damit wird die Behauptung des Gegners in erheblicher Weise vollständig bestritten.⁴²⁸ Eine (antizipierte) Beweisvereitelung kann in dem Verschweigen der Person des Dritten nicht gesehen werden: Der Beklagte zwingt den Darlegungs- und Beweisbelasteten nicht zum Beweis von Tatsachen, die er bereits für richtig hält.⁴²⁹ Vereitelt wird die Inanspruchnahme eines Dritten, nicht die des Beklagten. Es gibt aber keine prozessuale Norm, aus der sich eine Last oder Pflicht des Beklagten ergeben könnte, auf den richtigen Anspruchsgegner hinzuweisen.

Im Urheberrecht hat die Literatur bereits auf Unstimmigkeiten in der Begründung des BGH aufmerksam gemacht: Die „sekundäre Darlegungslast“ wird „zweckentfremdet [...], um (irgend-)einen Haftungsadressaten als Täter sicherzustellen“.⁴³⁰ Eine Stütze in der Prozessordnung gibt es hierfür nicht. Der Sache nach handelt es sich vielmehr um eine richterliche Rechtsfortbildung des materiellen Rechts hin zu einer Art Gefährdungshaftung des Anschlussinhabers.⁴³¹ Ob sich eine solche verschuldensunabhängige Haftung allein aus der Inhaberschaft eines Internetanschlus-

427 So etwa im Urheberrecht BGH, Urt. v. 30.3.2017 – I ZR 19/16 – *Loud*, II 1 c), NJW 2018, 65 f.; vgl. dazu auch *Köhler*, ZUM 2018, 27–33. In den Parkplatzfällen BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, NJW 2020, 755.

428 Vgl. auch Teil II, Kap. 1 C I.

429 Vgl. auch Teil II, Kap. 1 B VIII.

430 *Köhler*, ZUM 2018, 27; vgl. auch *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2018, 225, 239.

431 *Köhler*, ZUM 2018, 27, 29 f.; *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2018, 225, 239; *ders.*, GRUR 2019, 1, 7 f. – Um eine Gefährdungshaftung im herkömmlichen Sinn handelt es sich jedoch nicht, da der Beklagte die Wahl haben soll, entweder

ses begründen lässt, kann hier nicht weiter vertieft werden; jedenfalls ist es unbefriedigend, dass unter dem Deckmantel einer prozessualen (Schein-)Begründung dem materiellen Recht vorbehaltene Wertungen getroffen werden.

In jüngster Vergangenheit hat sich diese Verselbständigung der „sekundären Darlegungslast“ in weitere Rechtsgebiete perpetuiert. In den Parkplatzfällen hat es der XII. Senat zuletzt für billig empfunden, dass der *Halter* eines Kfz die Vertragsstrafe (!) für das Überschreiten eine Stellplatzmiete zu zahlen habe, selbst wenn der Halter unter Beachtung seiner Wahrheitspflicht bestreitet, den Vertrag geschlossen zu haben und die Identität des Vertragsschließenden unbewiesen bleibt. Auch hier ersetzt die apodiktische Bezugnahme auf das Prozessrecht eine materiell-rechtliche Begründung. Letztere würde sich wohl auch als diffizil erweisen, denn wann hätte man je etwas von einer Halterhaftung im Vertragsrecht gehört? Die bloße *occupatio* des Senats, es handle sich nicht um eine Halterhaftung,⁴³² lässt die Begründungsschwierigkeiten allzu deutlich werden. Ein Auskunftsanspruch des Vermieters gegen den Fahrzeughalter kommt ebenfalls nicht in Betracht – es fehlt schon einer Sonderverbindung zwischen Vermieter und Halter, aus der sich ein solcher Anspruch nach Treu und Glauben ergeben könnte.⁴³³ Die Entscheidung des BGH zu den Parkplatzfällen läuft – wie schon im Urheberrecht – darauf hinaus, dass der Beklagte haftbar gemacht werden soll, wenn er die Inanspruchnahme des *richtigen* Anspruchsgegners verhindert. Aus der Prozessordnung lässt sich dies nicht begründen. Der klagende Vermieter verliert den Prozess, wenn er nicht beweisen kann, dass es der Beklagte war, mit dem er den Mietvertrag abgeschlossen hat. Hat der Beklagte die Behauptung, selbst den Vertrag geschlossen zu haben, wahrheitsgemäß verneint, ist sein Bestreiten in Hinblick auf die geltend gemachte Behauptung des Vertragsschlusses erheblich;⁴³⁴ er zwingt den Kläger nicht zum Beweis von Tatsachen, die er für richtig hält.

In der Begründung des Senats wird indessen die Erheblichkeit des Bestreitens gegenüber der klägerischen Behauptung, der Beklagte sei gefahren, nicht als ausreichend angesehen, um der Erklärungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO zu genügen: Es sei dem Halter möglich und zumutbar, den

selbst zu haften oder ein anderes Haftungssubjekt beizubringen; vgl. auch die pointierte Zusammenfassung *Köhlers* in ZUM 2018, 27, 31 f.: „Geld oder Verat“.

432 BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, II 2b, NJW 2020, 755, 757.

433 So auch BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, II 2c, NJW 2020, 755, 757.

434 Vgl. auch *Streyll*, NZM 2020, 283, 287 (Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/199).

Fahrer zu benennen, „da er es regelmäßig in der Hand hat, wem er das Fahrzeug überlässt.“⁴³⁵ Es geht nicht darum, dass der Beklagte der klägerischen Behauptung, selbst den Vertrag abgeschlossen zu haben, nicht ausreichend entgegengetreten wäre.⁴³⁶ Ungeachtet einer weiteren *occupatio* des Senats⁴³⁷ wird vielmehr aus der Tatsache, dass jemand über einen Sachverhalt informiert ist, der andere aber nicht, eine Auskunftspflicht der informierten Partei kreiert, deren Voraussetzung ausweislich des Zitats eben doch kaum verholen an die Haltereigenschaft anknüpft.⁴³⁸ Die Entscheidung des Senats ist damit Ausdruck einer reinen Billigkeitsjudikatur, die mit dem das Zivilrecht beherrschende Anspruchsdenken bricht, um zu einer vermeintlich gerechten Entscheidung zu gelangen. Es steht kaum zu erwarten, dass diese Rechtsprechung dauerhaft Bestand haben wird, denn ihre Folgen wären unabsehbar: Um zur gewünschten Auskunft zu gelangen, würde es stets genügen, einen gut informierten Dritten zu verklagen, wenn die Umstände es billig erscheinen lassen, dass der Dritte diese Information preisgibt. Damit würde die Existenz der unter strengeren Voraussetzungen stehenden materiell-rechtlichen Auskunftsansprüche *ad absurdum* geführt. Immerhin bietet die Entscheidung Anlass, die Leerformel der „sekundären Darlegungslast“ zu hinterfragen, weil sich hier deutlich zeigt, dass eine solche Begriffshülse über kurz oder lang mit gerade dem Inhalt gefüllt wird, der dem Betrachter beliebt.

435 BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, II 2c, NJW 2020, 755, 757.

436 So auch der Senat selbst, wenn zur Benennung des Dritten ausgeführt wird, damit werde dem beklagten Halter nicht die Pflicht auferlegt, dem Vermieter alle für dessen Prozesserfolg – gegen den Beklagten selbst – benötigten Informationen zu verschaffen (sondern für den künftigen Prozess gegen den Fahrer), vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, II 2c, NJW 2020, 755, 757.

437 Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, II 2c, NJW 2020, 755, 757.

438 Ebenso *Streyll*, NZM 2020, 283, 287 (Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19): „Wie man es dreht und wendet: Eine sekundäre Darlegungslast des in Anspruch genommenen Halters gibt es nicht, so dass sich das Urteil des BGH als Versuch darstellt, über das Prozessrecht einen verkappten [...] Auskunftsanspruch zu generieren.“ (Hervorhebung im Original).

Dritter Teil: Behaupten und Bestreiten in der Praxis

Geordneter Parteivortrag und Anlagen, Privatgutachten, die richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO und Rechtsschutz gegenüber Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör sind „Brennpunkte“¹ des Zivilprozessrechts, die regelmäßig im Zusammenhang mit der Substantiierungslast diskutiert werden.² Sie sollen, dem Résumé der gesammelten Erkenntnisse vorangestellt, im Folgenden unter Einschluss aktueller rechtspolitischer Entwicklungen in diesem Bereich skizziert werden.

¹ *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336.

² Vgl. etwa *Frohn*, JuS 1996, 243–246; *Gremmer*, MDR 2007, 1172, 1173 f.; *Eschelbach/Geipel*, ZAP Fach 13 (2010), 1669, 1671.

A. Geordneter Parteivortrag und Anlagen

Rechtspolitische Forderungen³ nach einem stärker geordneten Parteivortrag haben sich zuletzt zu einer gesetzlichen Regelung verdichtet – seit dem 1. Januar 2020 bestimmt § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO n. F.:⁴

„Das Gericht kann durch Maßnahmen der Prozessleitung das Verfahren strukturieren und den Streitstoff abschieften.“

Damit will der Gesetzgeber „klarstellend“ auf die bereits bestehenden Möglichkeiten zur Strukturierung verweisen,⁵ namentlich Hinweise nach § 139 ZPO zu erteilen, die Verhandlung gem. § 146 ZPO zunächst auf einzelne Angriffs- und Verteidigungsmittel zu beschränken und eine fristgebundene, konkrete Anordnung zur Ergänzung oder Erläuterung des Vorbringens über einen bestimmten Punkt zu treffen, vgl. § 273 Abs. 2 ZPO. Die Strukturierung meint nicht nur den äußeren Verfahrensablauf, sondern auch die Form des Tatsachenvortrags;⁶ die „Abschieftung“ ist ein Unterfall der Strukturierung und hat die Aufteilung des Streitstoffs in einzelne Sachverhaltskomplexe vor Augen.

Ob des daraus folgenden insgesamt deklaratorischen Charakters der Norm und der redundanten Binnenfassung in „strukturieren“ und „abschieften“ – welch ein Wort! – wird mancher den „Anreiz“⁷, welcher der Gesetzgeber damit den Gerichten setzen will, als „funktionsleeren Programmsatz“⁸ empfinden. Gleichwohl ist trotz des Verweises auf bestehen-

3 Vgl. etwa das Referat *Vorwerks* zum 70. DJT 2014, Bd. II/1, S. I 29, I 32 f.; *ders.*, NJW 2017, 2326–2330; *Gaier*, ZRP 2015, 101–104.

4 Art. 2 Nr. 6 des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2633.

5 Begr. zum Regierungsentwurf BT-Drs. 19/13828, S. 18.

6 *Gaier*, NJW 2020, 177 und 178 mit Verweis auf die Begr. zum Regierungsentwurf BT-Drs. 19/13828, S. 18, wo neben der Strukturierung des Verfahrens auch von einer Strukturierung des Streitstoffes die Rede ist.

7 Vgl. Begr. zum Regierungsentwurf BT-Drs. 19/13828, S. 16.

8 *Roth*, ZfPW 2020, 402, 411. – *Roth* hält diese „Anreizgesetzgebung“ für den Ausdruck eines mangelhaften Verständnisses seitens des Gesetzgebers angesichts eines bereits durch das Eigeninteresse der Parteien geordneten Prozessstoffes, vgl. ZfPW 2020, 402, 411 und 418. Es sollte jedoch nicht Vergessenheit geraten, dass diese Neuregelung geistige Frucht von Praktikern ist; ebenso wenig, dass von anderer Seite auf die fehlende empirische Absicherung der Signifikanz des „Lästigkeitsgefühls“ durch ungeordneten Vortrag deutlich hingewiesen wurde (vgl. *Burghart* in der Diskussion auf dem 70. DJT 2014, Bd. II/2, S. I 144).

de Strukturierungsmöglichkeiten der Umfang derselben unklar; zum einen, weil sich die Grenzen der richterlichen Prozessleitung auch heute schon jedenfalls nicht unmittelbar aus dem Gesetz erschließen. Zum anderen, weil im Vorgang zur Neugestaltung des § 139 ZPO mit der Möglichkeit, den Parteivortrag zu ordnen, in der Literatur teils sehr weitreichende Vorstellungen verbunden worden sind: Namentlich wurde die Begrenzung der zulässigen Vortragsform auf eine Art elektronische Relationstabelle vorgeschlagen.⁹ Es ist offen, inwieweit sich der Gesetzgeber diese Vorstellungen zu eigen machen wollte.¹⁰

Die Kritik seitens der Literatur hat nicht lange auf sich warten lassen. Ein vernichtendes Urteil fällt *Gaier*:¹¹

„Die Vorschrift ist mit wenig Geschick formuliert, ihr Wortlaut für sich genommen wenig erhellend. Hinzu kommt ein enger Anwendungsbereich und zu allem Überfluss ist die Norm nicht sanktionsbewehrt.“

Dass die Norm nicht sanktionsbewehrt sein soll, scheint die Gesetzgebungshistorie nahezulegen:¹² Dem Vorschlag des Bundesrates, zu erwägen, ob es zur Durchsetzung der Strukturierungsanordnung flankierender Präklusionsvorschriften bedürfe,¹³ hat die Bundesregierung knapp beschieden, um einen Anreiz zu stärkerer Strukturierung zu setzen, seien keine zusätzlichen Präklusionsvorschriften erforderlich.¹⁴ Der Schlussfolgerung *Gaiers*, es bleibe bei der bisherigen Rechtslage und daher den Parteien überlassen, ob sie den Hinweisen des Gerichts zur Strukturierung Folge leisten,¹⁵ sollte allerdings gewisse Vorsicht entgegengebracht werden. Denn die Prämisse, ungeordneter Vortrag sei *de lege lata* nicht sanktionierbar,¹⁶ kann, wie zu zeigen sein wird, in dieser Eindeutigkeit nicht ohne weiteres geteilt werden.

9 *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2874; *ders.*, ZRP 2015, 101, 103 f.; *Vorwerk*, NJW 2017, 2326 f.

10 Begrifflich knüpft § 139 Abs. 1 S. 3 n. F. an das Referat *Vorwerks* zum 70. DJT 2014 und die daraufhin gefassten Beschlüsse 13 (Strukturierung) und 15 (Abschichtung) an, vgl. Bd. II/1, S. I 29, I 32 f., 53. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Vorschlägen der Literatur lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien nicht unmittelbar entnehmen.

11 Vgl. *Gaier*, NJW 2020, 177.

12 Darauf abhebend *Gaier*, NJW 2020, 177, 181.

13 Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf, BT-Drs 19/13828, S. 26.

14 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/13828, S. 31.

15 *Gaier*, NJW 2020, 177, 181; ihm folgend *Roth*, ZfPW 2020, 402, 411.

16 So aber *Gaier*, NJW 2020, 177, 181 f.

Welche Fragen sich in Zukunft stellen könnten, lässt sich heute schon an Hand eines Teilaspektes des (un-)geordneten Vortrags erahnen: Die schriftsätzliche Bezugnahme auf Anlagen und die Behandlung solcher Bezugnahmen seitens der Instanzgerichte stellt einen der „Brennpunkte“ des Zivilprozesses dar.¹⁷ Seitens der Richterschaft besteht zum Teil der Eindruck, dass die Anlagen, statt den schriftsätzlichen Vortrag zu belegen, denselben zuweilen ersetzen sollen.¹⁸ Als Motiv für diese Vorgehensweise wird gemutmaßt, der Anwalt wolle sich die Mühe sparen, den Sachverhalt selbst zu formulieren oder auch zu durchdenken.¹⁹ Das vorherrschende Sentiment in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich dieser Arbeitsverlagerung auf das Gericht bringt eine Entscheidung des OLG Koblenz zum Ausdruck:²⁰

„Die richterliche Arbeitsweise nach dem bewährten Grundsatz ‚da mihi facta, dabo tibi jus‘ konnte auch im vorliegenden Fall nicht durch den Grundsatz ersetzt werden ‚Gib dem Gericht Kopien, dann wird es sich daraus alles Entscheidungserhebliche zusammensuchen‘.“

Für den Anwaltsprozess ist die Forderung nach einem geordneten Vortrag nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen, zumal die vom OLG angeführte Parömie ohnehin treffender das Verhältnis der Partei zu ihrem Anwalt beschreibt.²¹ Strukturiert vorzutragen verlangt dem Prozessvertreter oft nur dasjenige an Arbeit ab, was im Verhältnis zum Mandanten ohnehin geschuldet ist.²² Allerdings kann es auch im Interesse des Mandanten sein, gezielt am Vortrag des Gegners vorbeizuschreiben, Antworten auf Andeutungen zu beschränken und, selbstredend in Einklang mit der Wahrheit, eine eigene Geschichtserzählung zu geben, die sich nicht in ein vorgefertigtes Korsett pressen lässt. Das Wohl des Mandanten kann also nicht Grund für eine generelle Beschränkung des Vortrags auf eine bestimmte Form sein und die Verfechter des geordneten Parteivortrags ha-

17 *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336, 337.

18 *H. D. Lange*, NJW 1989, 438.

19 *H. D. Lange*, NJW 1989, 438.

20 Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 4.6.2007 – 14 W 303/07, 2b, NJW-RR 2008, 375, 376.

21 Im Verhältnis zum Gericht ist der Anwalt nicht nur gehalten, den Sachverhalt bereits mit Blick auf die rechtliche Relevanz aufzubereiten, sondern auch – insbesondere bei einem erkennbaren Irrtum des Gerichts – Rechtsausführungen zu tätigen, vgl. dazu *Römermann*, NJW 2009, 2924, 2925 und *Paulus*, ZPR, 62017, S. 11 Rn. 18.

22 *Gaier*, ZRP 2015, 101, 104.

ben dem Anschein nach auch mehr die Entlastung des Richters respektive des Verfahrens vor Augen.²³

Inwieweit die ZPO eine Zurückweisung des ungeordneten Vortags gestattet, ist weitgehend ungeklärt.²⁴ Gefestigte Ansichten gibt es allerdings zu den Anlagen, die § 133 ZPO neben dem Schriftsatz erwähnt: Zulässig sollen ausdrückliche Bezugnahmen auf konkret benannte Anlagen sein, wenn diese aus sich heraus verständlich sind und dem Gericht keine unzumutbare Sucharbeit abverlangen.²⁵ In der Praxis zeigt sich jedoch, dass die Meinungen darüber, was dem Gericht noch zumutbar ist, deutlich auseinandergehen.²⁶ Ein insoweit typisches instanzübergreifendes Rechtsgespräch hierzu leitete etwa das OLG Frankfurt mit der Feststellung ein, die Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 GG gebiete es nicht, dass der erkennende Richter sich die geltend gemachte Forderung nach Grund und Höhe aus den eingereichten Schriftsätzen nebst Anlagen zusammensuche.²⁷ Die Antwort des BGH folgte prompt: Damit verkenne das Berufungsgericht in grundlegender Weise seine Aufgabe bei der Beurteilung einer komplexen und nicht einfach darzustellenden Klage.²⁸

Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör durch überangenehmes Vorbringen in Form von Anlagen seitens der Instanzgerichte sind immer wieder festzustellen.²⁹ Aufhebung und Zurückverweisung durch den BGH sind hier bei Erreichen der Beschwersumme keine Seltenheit.³⁰ Wo sich jedoch gleichsam der blaue Himmel über dem Berufungsgericht wölbt, ist der Anwalt angesichts der kritischen Haltung vieler Instanzgerichte schon jetzt zur besonderen Sorgfalt bei der Bezugnahme auf Anlagen gehalten.

Was ungeordnete *Schriftsätze* angeht, ließ sich bisher sagen, dass die Hemmschwelle für das Gericht, solches Vorbringen als unzumutbare Belastung zurückzuweisen, im Vergleich zur entsprechenden Behandlung

23 Vgl. etwa *H. D. Lange*, NJW 1989, 438, 442 f.; deutlich insoweit auch die Gesetzesbegründung zu § 139 Abs. 1 S. 3 n. F., vgl. BT-Drs. 19/13828.

24 So auch schon *H. D. Lange*, NJW 1989, 438, 441.

25 *Skamel*, NJW 2019, 1082, 1083 (Anm. zu BGH, Beschl. v. 2.10.2018 – VI ZR 213/17), m. w. N.

26 Vgl. auch schon *H. D. Lange*, NJW 1989, 438, 442.

27 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 31.8.2016 – 29 U 140/16, II 2, BeckRS 2016, 121353.

28 BGH, Beschl. v. 25.4.2017 – VIII ZR 217/16, III 2b, ZfBR 2017, 571, 574.

29 Vgl. *K.-R. Wagner*, BauR 2018, 23, 24 f.

30 So etwa BGH, Beschl. v. 4.7.2018 – VII ZR 21/16, NJW-Spezial 2018, 588; BGH, Beschl. v. 2.10.2018 – VI ZR 213/17, NJW 2019, 1082; vgl. auch *K.-R. Wagner*, BauR 2018, 23, 24 f.

von Anlagen deutlich höher liegen dürfte.³¹ Zukünftig wird sich vermehrt die Frage stellen, welche Folgen an die Missachtung richterlicher Strukturierungsmaßgaben zu knüpfen sind. In der Gesetzesbegründung zu § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO heißt es knapp, das Gericht könne zum Zweck der Strukturierung Fristen setzen.³² Gedacht ist dabei offenbar an Fälle, in denen zu einem bestimmten Punkt nicht rechtzeitig vorgetragen wird.³³ Wenn jedoch der vorhandene, aber ungeordnete Vortrag nicht sanktionslos bleiben soll, muss die Frage beantwortet werden, wann das Gericht ein solches Vorbringen ignorieren darf.³⁴ Sollte es etwa bereits genügen, dass die anwaltlich vertretene Partei in der elektronischen Relationstabelle an der falschen Stelle vorträgt?³⁵ Eine solch rigide Handhabung kann wohl kaum erwünscht sein, wenn es nicht heißen soll *qui cadit a syllaba, cadit a causa*. Was der Richter bei ungeordnetem Vorbringen noch an Zuordnungsarbeit leisten muss, bevor er vor dem vorhandenen Tatsachenstoff die Augen verschließen darf, führt zum Ausgangspunkt, nämlich der Frage der *Zumutbarkeit* zurück. Aus naheliegenden Gründen erscheint es unzulässig, dem Richter die Entscheidung hierüber gleichsam als „Zensor in eigener Sache“ zu überantworten.³⁶ Richtigerweise sollten bei vorhandenem, aber ungeordnetem Vortrag allenfalls kostenrechtliche Sanktionen in Form einer Verzögerungsgebühr nach § 38 GKG in Betracht gezogen werden. Ob die Beschränkung des schriftsätzlichen Vortrags auf eine bestimmte Form an sich wünschenswert ist, steht auf einem anderen Blatt. Man kann nur hoffen, dass sich *Roths* Fazit, die Neufassung des § 139 ZPO habe keinen rechten Nutzen, sei aber unschädlich,³⁷ als richtig erweisen wird.

31 So auch *Skamel*, NJW 2019, 1082, 1083 (Anm. zu BGH, Beschl. v. 2.10.2018 – VI ZR 213/17): Dass auch für „umfangreiche ungeordnete“ Schriftsätze die Zumutbarkeit den Umfang der richterlichen Tätigkeit begrenze, werde man allenfalls in Ausnahmefällen annehmen dürfen.

32 Begr. zum Regierungsentwurf BT-Drs. 19/13828, S. 18.

33 Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/13828, S. 31.

34 Vgl. auch schon *Prütting* in der Diskussion auf dem 70. DJT 2014, Bd. II/2, S. I 146.

35 So offenbar die – rechtspolitische – Wunschvorstellung *Gaiers* in ZRP 2015, 101, 104, der meint, nach Missachtung richterlicher Hinweise müsse die Nichteinhaltung der Strukturvorgaben zum Ausschluss des unstrukturierten Vorbringens führen; ähnlich *Vorwerk*, der in der Diskussion auf dem 70. DJT 2014 meinte, wenn der Schriftsatz auf 40 Seiten begrenzt sei, müsse der Richter S. 41 nicht mehr lesen, vgl. Bd. II/2, S. I 166.

36 Vgl. *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61) und oben Teil I, Kap. 3 C.

37 Vgl. *Roth*, ZfPW 2020, 402, 418.

B. Parteivortrag in Form von Privatgutachten

Häufig heißt es in Entscheidungen des BGH, Privatgutachten seien „qualifizierter“ und „substanziierter“ Parteivortrag; damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich nicht um ein Beweismittel, sondern nur um eine Form des Parteivortrags handelt.³⁸ Gemeint ist natürlich nicht, dass jedes Privatgutachten zur Substantiierung des jeweiligen Vortrags geeignet wäre.³⁹ Genügt der durch das Privatgutachten vermittelte Vortrag im Einzelfall der Substantiierungslast, weil er Tatsachen benennt, die bei Wahrunterstellung den Schluss auf einen entsprechenden Rechtssatz zulassen, ist im Falle des Bestreitens in die Beweisaufnahme einzutreten.

Missverständlich⁴⁰ sind insoweit Ausführungen des BGH dahingehend, die Beweisaufnahme, insbesondere die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens, werde durch ein Privatgutachten dann entbehrlich gemacht, wenn das Gericht dieses Gutachten ohne Rechtsfehler für ausreichend hält, um eine Beweisfrage zuverlässig zu beantworten.⁴¹ Gemeint sind damit ausschließlich Fälle, in denen das Gericht bereits über die erforderliche Sachkunde zur Beurteilung fachspezifischer Zusammenhänge verfügt⁴² – ohne eigene Sachkunde kann von der Beweiserhebung nicht abgesehen werden, unabhängig davon, wie überzeugend das Privatgutachten dem Gericht erscheinen mag.⁴³ Aus welchen Quellen die Sachkunde des Gerichts herrührt, muss für die Rechtsmittelinstanz nachprüfbar dokumentiert werden.⁴⁴ Damit korrespondiert die Pflicht, den Parteien die eigene Sachkunde in Form eines Hinweises nach § 139 ZPO zu offenbaren.⁴⁵ Der pauschale Verweis des Gerichts auf eigenes Erfahrungswissen ersetzt nicht die konkrete Darlegung, inwiefern gerade die streitgegenständliche Frage sachkundig beurteilt werden kann.⁴⁶

Einer Meinung im Schrifttum, die Behandlung des Privatgutachtens als bloßer Parteivortrag sei inkonsequent, weil sich das Gericht zuvor aus einem anderen Verfahren mittels Privatgutachten die notwendige Sach-

38 Vgl. BGH, Urt. v. 11.5.1993 – VI ZR 243/92, II 3b, NJW 1993, 2382, 2383.

39 Kritisch zur Terminologie auch *Ulrich*, DS 2017, 315.

40 Vgl. dazu *Abrens*, ZRP 2015, 105, 107; *Ulrich*, DS 2017, 315, 316.

41 BGH, Urt. v. 18.2.1987 – IVa ZR 196/85, 2b, BeckRS 2008, 18461; BGH, Urt. v. 11.5.1993 – VI ZR 243/92, II 3b, NJW 1993, 2382, 2383.

42 Klarstellend BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 314/14, II 5a, NJW 2016, 2328, 2333.

43 So auch schon BGH, Urt. v. 14.4.1981 – VI ZR 264/79, II 1b.

44 BGH, Urt. v. 28.6.1961 – IV ZR 75/61, IV 1, BeckRS 1961, 31374039.

45 BGH, Beschl. v. 9.1.2018 – VI ZR 106/17, II 1c) bb), NJW 2018, 2730, 2731.

46 BGH, Urt. v. 16.4.2015 – I ZR 225/12, II 2b) dd), GRUR 2015, 1189, 1195.

kenntnis verschaffen könne, um dann nachfolgende Privatgutachten an Hand eigener Sachkunde zu beurteilen,⁴⁷ ist schon im Ausgangspunkt zu widersprechen: Das Gericht kann aus dem Privatgutachten eines vorherigen Verfahrens keine Sachkunde erlangen, weil ein solches Vorgehen bereits die gebotene Distanz zu dem *Parteivortrag* in jenem Verfahren vermissen lässt. Aus den gleichen Gründen sind rechtspolitische Ansätze⁴⁸ zur Aufwertung des Privatgutachtens zum Beweismittel zurückzuweisen. *Abrens*, der die fehlende Unparteilichkeit als Hindernis für eine Aufwertung erkennt, meint derselben durch eine Zertifizierung der Gutachter zuvorkommen zu können.⁴⁹ Da jedoch die Partei auch in seinem Modell sich ihren Gutachter frei wählen können soll, ist dem Anreiz für den Gutachter, sich durch gefällige Arbeiten eine entsprechende Marktposition zu verschaffen, nur in der Theorie etwas entgegengesetzt. Der Privatgutachter ist eben nicht der „Gehilfe des Gerichts“,⁵⁰ sondern immer nur – bezahlter – Gehilfe der Partei.

C. *Hinweispflicht nach § 139 ZPO*

Auch die richterliche Hinweispflicht ist einer der (Dauer-)„Brennpunkte“ des Zivilprozesses.⁵¹ § 139 ZPO ist die Vorschrift, die in der Praxis vielleicht von allen Bestimmungen der ZPO am uneinheitlichsten gehandhabt wird.⁵² In welchem Umfang Fragen gestellt und Hinweise gegeben werden, hängt in hohem Maße von der Persönlichkeit des Richters ab.⁵³ Daneben gibt es aber auch schon in der Theorie auseinandergehende Ansichten darüber, wann es die Prozessordnung gestattet, von einem Hinweis abzusehen. Ist der Tatsachenvortrag in Hinblick auf die Schlüssigkeit des Vorbringens lückenhaft, kann ein Hinweis gegenüber einer rechtskundigen respektive anwaltlich vertretenen Partei verzichtbar sein.⁵⁴ Das rechtfertigt sich aus dem Gedanken, der Anwalt müsse grundsätzlich in der Lage sein,

47 Vgl. *Ulrich*, DS 2017, 315, 317.

48 *Abrens*, ZRP 2015, 105; *Vorwerk*, NJW 2017, 2326, 2330.

49 *Abrens*, ZRP 2015, 105, 107 f.

50 So aber *Abrens*, ZRP 2015, 105, 106.

51 *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336, 341.

52 Vgl. schon *Peters*, JW 1938, 1432.

53 *Peters*, JW 1938, 1432, 1434.

54 BGH, Urt. v. 9.11.1983 – VIII ZR 349/82, II 1, NJW 1984, 310 f.

die Voraussetzungen eines schlüssigen Vortrages zu erkennen.⁵⁵ Wenn trotz anwaltlicher Vertretung kein entsprechender Tatsachenvortrag erfolgt, kann daraus geschlossen werden, dass die Partei gar nicht über entsprechendes Material verfügt.⁵⁶ Nach anderer Ansicht soll sich ein solcher Schluss verbieten, denn: „Warum sollte wohl von einem Anwalt eine vollkommen aussichtslose Klage – noch dazu schlecht vorbereitet – erhoben werden?“⁵⁷ Auf diese – etwas weltfremd anmutende – Frage wird man nicht selten antworten können: Wegen des Gebühreninteresses des Anwalts und der Rechtsschutzversicherung der Partei.⁵⁸ Zum Teil mag der unzureichende Vortrag allerdings auch in Wissenslücken des Anwalts seinen Grund haben,⁵⁹ und daher ist es richtig, dass die besondere Qualifikation des Anwalts als Rechtskundiger immer nur widerlegbare Vermutung des Wissens um die Ergänzungsbedürftigkeit und damit der Entbehrlichkeit eines Hinweises sein kann.⁶⁰ In der Rechtsprechung hat sich die Linie gefestigt, auch die anwaltlich vertretene Partei müsse jedenfalls dann einen Hinweis erhalten, wenn der Anwalt ersichtlich darauf vertraue, das sein bisheriges Vorbringen ausreicht.⁶¹

Demnach kommt es im Rahmen des § 139 ZPO darauf an, ob sich im konkreten Fall der Anwalt in einem aufklärungsbedürftigen Irrtum zu befinden scheint, unabhängig davon, ob der Irrtum objektiv vermeidbar war.⁶² Ein mit der Nichtzulassungsbeschwerde respektive Gehörsrüge angreifbarer Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt dagegen erst vor, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag stellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte.⁶³ Dennoch können auch solche unterlassene Hinweise, die an sich lediglich einen Verstoß gegen einfaches Verfahrensrecht bedeuten, mittelbar zu einem Ver-

55 BGH, Urt. v. 9.11.1983 – VIII ZR 349/82, II 1, NJW 1984, 310 f.; Greger, NJW 1987, 1182.

56 Greger, NJW 1987, 1182.

57 Smid, in: Wicczorek/Schütze, ZPO, 32007, § 139 Rn. 36.

58 Vgl. Gottwald, AcP 183 (1983), 201, 206 (Anm. zu Brehm, Bindung des Richters, 1982).

59 Paulus, ZPR, 62017, S. 124 Rn. 321.

60 Ähnlich auch schon Piekenbrock, NJW 1999, 1360, 1362.

61 BGH, Urt. v. 10.11.1988 – VII ZR 272/87, I 2c, NJW 1989, 717, 718; vgl. auch Rensen, MDR 2002, 1175 m. w. N.

62 Vgl. auch schon Peters, JW 1938, 1432, 1434.

63 BVerfG, Beschl. v. 29.5.1991 – 1 BvR 1383/90, NJW 1991, 2823 f.; vgl. zu den unterschiedlichen Maßstäben bei § 139 ZPO einerseits und Art. 103 Abs. 1 GG andererseits auch Rensen, Hinweispflicht, 2002, S. 297–300.

stoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG führen; das ist der Fall, wenn das Instanzgericht späteres Vorbringen als präkludiert ansieht, die angenommene Verspätung jedoch auf dem unterlassenen Hinweis beruht – der BGH hält diese fehlerhafte Handhabung der Präklusionsvorschriften wegen ihrer einschneidenden Wirkung für einen Verstoß gegen das Gebot rechtlichen Gehörs.⁶⁴

Gegenüber Rechtskundigen erscheint also ein Hinweis verzichtbar, wenn sie sich nicht erkennbar im Irrtum befinden. Ferner kann ein gerichtlicher Hinweis dann entbehrlich sein, wenn die Partei bereits durch den Gegner die erforderliche Unterrichtung erhalten hat.⁶⁵ Eine pauschale Rüge seitens der Gegenseite genügt nicht.⁶⁶ Beiderseitige schriftliche Erörterungen können die Entbehrlichkeit eines Hinweises nahelegen.⁶⁷ Dagegen wird eingewendet, die gegnerische Rüge habe nicht das gleiche Gewicht wie ein richterlicher Hinweis und könne diesen nicht ersetzen, da aus dem Schweigen auf eine gegnerische Rüge hin nicht die gleichen Schlüsse wie bei einem unbeachtet gebliebenen Hinweis seitens des Gerichts gezogen werden könnten.⁶⁸ „Hinweise“ der Gegenseite bieten in der Tat keinen äquivalenten Ersatz für den richterlichen Hinweis nach § 139 ZPO;⁶⁹ das ist schon der Natur der Sache nach nicht möglich. Entscheidend ist jedoch Folgendes: Ignoriert die Partei eine für unberechtigt gehaltene gegnerische Rüge, muss sie sich über die konkrete Möglichkeit im Klaren sein, dass sich das Gericht in seiner Auffassung dem Gegner anschließen wird;⁷⁰ von einem versehentlich unterbliebenen Vortrag kann dann keine Rede sein.⁷¹ Der gerichtliche Hinweis ist nur dann nicht entbehrlich, wenn die Beanstandungen der Gegenseite erkennbar missverstanden worden sind, die Partei also immer noch aufklärungsbedürftig ist.⁷²

64 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 9.6.2005 – V ZR 271/04, II 2b, NJW 2005, 2624 f.

65 BGH, Urt. v. 21.2.1951 – II ZR 7/50, 6, juris, Tz. 18; BGH Urt. v. 4.7.1989 – X ZR 45/88, II b, BeckRS 1989, 06599; BGH, Beschl. v. 20.12.2007 – IX ZR 207/05, 1, NJW-RR 2008, 581 f.; vgl. auch *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 139 Rn. 19 m. w. N.

66 *Frohn*, JuS 1996, 243, 245.

67 *F. Fischer*, DRiZ 1995, 264, 265.

68 Statt vieler *Rensen*, Hinweispflicht, 2002, S. 224–226.

69 Vgl. *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360.

70 So auch *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360.

71 Vgl. auch *Piekenbrock*, NJW 1999, 1360; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO ¹⁶2019, § 139 Rn. 7; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 3.1.

72 BGH, Beschl. v. 18.5.2017 – I ZR 178/16, II 2b) aa), BeckRS 2017, 126762.

Auch der BGH hat noch in jüngerer Vergangenheit an dieser Auffassung festgehalten.⁷³

An den unterschiedlichen Auffassungen zur Verzichtbarkeit des Hinweises bei Rechtskundigkeit der Partei oder Rüge des Gegners liegt es jedoch nicht, dass seitens der Instanzgerichte vielfach gegen § 139 ZPO verstoßen wird und diese Verstöße regelmäßig den BGH im Rahmen von Nichtzulassungsbeschwerden wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG beschäftigen.⁷⁴ Aufschlussreich ist der aus Perspektive des Richters geschilderte Bericht *Frohns*:⁷⁵

„Der verfahrensrechtlich gebotene Hinweis wird aus Gründen unterlassen, die man nur vermuten kann – vielleicht weil die bislang einfache Sache durch einen eingehenderen Parteivortrag in tatsächlicher Hinsicht komplizierter wird, vielleicht weil dann eine Beweisaufnahme notwendig wird, die man lieber vermieden hätte, vielleicht gar, weil man befürchtet, die Partei werde zum Zweck der Substantiierung wahrheitswidrig vortragen.“

Der Anwalt darf sich also nicht darauf verlassen, dass er auf eine etwaige Ergänzungsbedürftigkeit seines Vortrags seitens des Gerichts entsprechend § 139 ZPO hingewiesen wird.⁷⁶ Fraglich ist, ob ihm Mittel zur Verfügung stehen, auf die rechtzeitige Erteilung eines Hinweises hinzuwirken. Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass die pauschale „Bitte um Hinweise“ am Ende Schriftsatzes – oder, wie in der Praxis nicht selten zu sehen, gleich eingangs nach den Anträgen – nicht nur in theoretischer Hinsicht überflüssig, sondern auch praktisch wirkungslos ist.⁷⁷ Zum Teil wird jedoch dazu geraten, stattdessen die „Bitte um Hinweise“ hinsichtlich eines konkreten Punktes anzubringen, da für das Gericht dann die Hemmschwelle höher sei, von dem eigentlich gebotenen Hinweis abzusehen.⁷⁸ In der Praxis finden sich dann auch die Beteuerungen, es könne auf einen Hinweis des Gerichts hin weiter vorgetragen werden, über den gesamten Schriftsatz verteilt, nicht selten in Kombination mit einer pauschalen „Bit-

73 BGH, Beschl. v. 18.5.2017 – I ZR 178/16, II 2b) aa), BeckRS 2017, 126762.
– Es wird sich zeigen müssen, ob sich hieran nach der Ernennung *Rensens* als dezidiertem Vertreter der Gegenansicht zum Richter am BGH etwas ändert, vgl. Mitteilung Nr. 126/2019 der Pressestelle des BGH v. 1.10.2019.

74 Vgl. dazu auch *Geisler*, AnwBl. 2017, 1046, 1049–1051.

75 Vgl. *Frohn*, JuS 1996, 243, 246.

76 *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336, 341.

77 Vgl. auch *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336, 341 m. w. N.

78 *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336, 341.

te um Hinweis“ eingangs oder am Ende; ob diese Ausgestaltung psychologisch tatsächlich wirkungsvoller ist, sei dahingestellt. Nicht unzweifelhaft erscheint es jedoch, ob diese konkrete „Bitte um Hinweis“, zumal mit der begleitenden Behauptung, es könne weiter vorgetragen werden, sich im Einzelfall nicht sogar kontraproduktiv auswirken kann – denn damit signalisiert die Partei ja gerade, dass sie die Ergänzungsbedürftigkeit ihres bisherigen Vorbringens zu diesem Punkt für möglich hält. Es besteht das Risiko, dass das Gericht sich gerade aus diesem Grund von der Hinweispflicht befreit sieht; jedenfalls für die Erklärung, weiterer Vortrag sei „verbunden mit erheblichem Aufwand“, findet sich in der veröffentlichten Rechtsprechung insoweit ein Präjudiz.⁷⁹

Was für die Hinweispflichten bei unsubstantiierten Behauptungen gilt, trifft im Prinzip auch für unzureichendes Bestreiten im Sinne des Klageliegens zu: Ein Hinweis ist erforderlich, wenn sich die Partei erkennbar im Irrtum darüber befindet, den Anforderungen an das Bestreiten gerecht zu werden.⁸⁰ Dementsprechend können auch Anhaltspunkte, die gegen die Annahme eines Irrtums sprechen – Rechtskundigkeit, Rügen der Gegenseite – hier berücksichtigt werden. Allerdings ist ein Irrtum und damit eine Hinweisbedürftigkeit bei unzureichendem Bestreiten in höherem Maß zu erwarten: Während das Aufstellen schlüssiger Behauptungen gewissermaßen zum Kerngeschäft des Anwalts gehört, besteht auch in der Rechtsprechung ein erhebliches Maß an Unsicherheit hinsichtlich der an ein ausreichendes Bestreiten zu stellenden Anforderungen.

D. Rechtsschutz bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Angesichts zahlreicher aufgedeckter Verstöße gegen das Verfahrensgrundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG wird man sagen können, dass blindes Vertrauen in die Arbeit der Instanzgerichte fehl am Platz ist.⁸¹ Der Prozessvertreter muss bereits während des Verfahrens Vorsicht walten lassen: Zeichnet sich hier schon eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ab, soll die Partei zunächst nach dem Rechtsgedanken des § 295 ZPO ihre prozessualen Möglichkeiten ausschöpfen müssen, um den Verstoß noch zu verhindern oder eine Korrektur zu erwirken.⁸² Mit anderen Worten: Die

⁷⁹ Vgl. OLG München, Beschl. v. 4.3.2014 – 34 Sch 19/13, II 4a, BeckRS 2014, 9781.

⁸⁰ Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 18.5.2017 – I ZR 178/16, II 2b, MarkenR 2017, 551,

⁸¹ Geisler, AnwBl. 2017, 1046, 1071.

⁸² BGH, Beschl. v. 26.9.2017 – VI ZR 81/17, II b, NJW-RR 2018, 404, 405.

Partei soll dem Gericht erklären, weshalb es gerade dabei ist, gegen Art. 103 Abs. 1 GG zu verstoßen. Der Subsidiaritätsgrundsatz verpflichtet jedoch nicht zu ergänzendem Vortrag, wenn sich dieser nur in der Wiederholung des bisherigen Vorbringens erschöpfen würde; dass kann etwa der Fall sein, wenn das Gericht eine von dem Standpunkt der Partei abweichende Auffassung kundtut, ohne diese zu begründen.⁸³

Erheblich sind Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör nur dann, wenn alle eigenständigen Begründungsstränge der Entscheidung hiervon betroffen sind.⁸⁴ Die Darlegung des erheblichen Verstoßes orientiert sich an der Art desselben. Sie wird bei fehlerhafter Handhabung der Präklusionsvorschriften und Hinweispflichten, sowie all jenen Fälle überspannter Substantiierungsanforderungen, in denen das Gericht ausdrücklich schlüssigkeitsfremde Kriterien an den Vortrag gestellt hat, die sachkundig beratene Partei nicht vor übermäßig hohe Hürden stellen. Schwieriger stellt sich das Aufzeigen einer Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG wegen eines übergangenen, also gar nicht zur Kenntnis genommenen Vortrages dar. Die Gerichte sind immerhin gehalten, jedenfalls solches Vorbringen, welches die zentrale Frage des jeweiligen Verfahrens betrifft, auch in den Entscheidungsgründen zu bescheiden.⁸⁵ Daher lässt es auf die Nichtberücksichtigung derartigen Vortrags schließen, wenn auf ihn in der Entscheidung nicht eingegangen wird, obwohl er vom Rechtsstandpunkt des Gerichts erheblich sein müsste.⁸⁶ Es bleiben Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör möglich, in denen das Gericht zwar den äußeren Wortlaut, aber nicht den Sinn des Vortrags erfasst; das steht dem kommentarlosen Übergehen des Vortrags zwar gleich,⁸⁷ dürfte allerdings ungleich schwerer nachzuweisen sein.

Hat das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen, kommt eine Beschwerde vor dem BGH gem. § 544 Abs. 1 ZPO in Betracht, wobei die erfolgreiche Rüge eines Verstoßes gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht gem. § 544 Abs. 9 ZPO⁸⁸ führt, sofern nicht die Sache aus einem weiteren, sich nicht in der Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG er-

83 BGH, Beschl. v. 26.9.2017 – VI ZR 81/17, II b, NJW-RR 2018, 404, 405.

84 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 12.1.2017 – III ZR 140/15, 2, BeckRS 2017, 100836.

85 BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – VII ZR 229/17, II 2 a, ZfBR 2019, 142, 143.

86 BGH, Beschl. v. 18.1.2017 – VII ZR 181/16, III 2a, ZfBR 2017, 259, 260.

87 BGH, Beschl. v. 29.10.2015 – V ZR 61/15, III 1, NJW-RR 2016, 78, 79.

88 § 544 Abs. 7 ZPO a. F., vgl. Art. 2 Nr. 14 des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2633.

schöpfenden Grundes der Überleitung in ein Revisionsverfahren gem. § 544 Abs. 8 ZPO⁸⁹ bedarf. Voraussetzung ist allerdings, dass die Beschwerdschweresumme erreicht ist. Bei einem Unterschreiten der Beschwerdschweresumme bleibt der Gang nach Karlsruhe – über den Umweg einer erfolglosen Anhörungsrüge vor dem *iudex a quo* nach § 321a ZPO – mittels einer Verfassungsbeschwerde möglich. Sofern die Partei nicht bereits aus einem Gefühl staatspolitischer Verantwortung davor zurückschreckt, das Bundesverfassungsgericht mit dem aus verfassungsrechtlicher Sicht in keiner Weise klärungsbedürftig, weil eindeutigen Verstoß eines Instanzgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG zu beschäftigen, bereitet sich ihr nun ein steiniger Weg: Zu ihrer Überraschung muss die Partei feststellen, dass auch die Verfassungsbeschwerde Substantiierungsanforderungen kennt, die dort mit großer Selbstverständlichkeit hoch angesetzt werden, um die Funktionsfähigkeit des Verfahrens zu gewährleisten.⁹⁰

Bekanntermaßen ist das Bundesverfassungsgericht keine „Superrevisionsinstanz“ – dennoch tritt es bei Verstößen gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör unterhalb der Beschwerdschweresumme an die Stelle des BGH, wird also in diesem Sinne sogar zur bloßen Revisionsinstanz degradiert. Der tieferen Sinn dieser vordergründig wenig zweckmäßigen⁹¹ Gestaltung dürfte sein, dass die hohen Anforderungen bei der Begründung der Verfassungsbeschwerde als faktische Rechtsschutzsperre dergestalt wirken soll, einer Partei unterhalb der Beschwerdschweresumme den Verzicht auf eine Überprüfung der vermeintlichen, und nicht selten auch tatsächlichen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör abzunötigen; eine genauere Untersuchung hierzu steht allerdings noch aus.

An dieser Rollenverteilung wird sich auf absehbare Zeit wohl auch nichts ändern: Die Beschwerdschweresumme, ursprünglich als Provisorium gedacht,⁹² ist zuletzt von der turnusgemäßen Hinterfragung ihrer Notwendigkeit entbunden und nun dauerhaft als Zulässigkeitsvoraussetzung in

89 § 544 Abs. 6 ZPO a. F.

90 Vgl. dazu die Schilderung von BVR *Maidowski*, wiedergegeben bei Rath, AnwBl 2018, 394, 395: Monatsfrist, Rechtswegerschöpfung und Substantiierungsanforderungen bilden das „Notwehrprogramm“ des BVerfG bei der Bearbeitung von Verfassungsbeschwerden.

91 Windau, F.A.Z. Einspruch v. 21.3.2018.

92 Vgl. die Begr. zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drs. 14/4722, S. 126.

§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO n. F verankert worden.⁹³ Nicht allzu gewagt dürfte die Vermutung sein, dass der konkrete Betrag, von welchem der Rechtsschutz abhängen soll, über die Zeit dann den gleichen Weg wie die ehemalige Wertrevision geht, also sukzessive erhöht wird,⁹⁴ weil es sich dabei um ein vergleichsweise einfaches Mittel der Ressourcenallokation handelt. Mit Blick auf die Funktionsfähigkeit der Revisionsinstanz ist gegen dieses „notwendige Übel“⁹⁵ grundsätzlich nichts einzuwenden. Auch können die Befürworter der Verstetigung respektive Anhebung der Summe für sich in Anspruch nehmen, dass die Berufungsgerichte ohnehin in nicht geringem Umfang die Revision bereits zulassen.⁹⁶ Diese vermeintlich liberale Zulassungspraxis hat allerdings für Verfahren, in denen gegen den Grundsatz rechtlichen Gehörs verstoßen wurde, überhaupt keine Bedeutung, da eine Zulassung durch das Berufungsgericht hier fern liegt. Einer kompromisslos rechtsstaatlichen Denkweise würde es wohl entsprechen, hier nicht länger wegzusehen und die Nichtzulassungsbeschwerde wegen Verletzung von Verfahrensgrundrechten von einer Wertgrenze zu entkoppeln.⁹⁷ Damit würden auch Verlagerungseffekte auf das Verfassungsbeschwerdeverfahren beseitigt werden. Um die Funktionsfähigkeit des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens zu schützen, käme die Normierung eines *fiktiven Mindestgebührenstreitwerts* in angemessener Höhe in Betracht. D. h. die tatsächliche Beschwer ist bei Grundrechtsverletzungen nicht an einen festen Schwellenwert gebunden, die Gebühren berechnen sich jedoch von einem gesetzlich festgelegten (fiktiven) Mindeststreitwert: Das Kostenrisiko als variabler Filter statt einer arbiträren Rechtsschutzsperre. Zynisch wäre es dagegen, zum Schutz des Vertrauens in die Rechtspflege den Dunkelbereich der Verfahrensverstöße seitens der Instanzgerichte nicht näher ins Licht zu ziehen, weil ein Teil dessen, was dort zum Vorschein kommen mag, den Rechtsuchenden beunruhigen könnte.

93 § 26 Nr. 8 EGZPO a. F., vgl. Art. 2 Nr. 14 lit. a) des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2633.

94 Überblick bei *Toussaint*, in: FS Krüger, 2017, S. 507, 508 Anm. 15.

95 So *Toussaint*, in: FS Krüger, 2017, S. 507, 515.

96 *Brückner/Gubling/Menges*, DRiZ 2019, 92, 93.

97 So etwa *Windau*, F.A.Z. Einspruch v. 21.3.2018.

E. Résumé

Bei Klageerhebung sind zur bestimmten Angabe des Klagegrundes gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO solche Angaben erforderlich, aber auch ausreichend, die den Streit unverwechselbar und den geltend gemachten prozessualen Anspruch als solchen identifizierbar machen (Individualisierung).⁹⁸ Wenn zwischen den Parteien keine andere rechtliche Beziehung besteht, kann die knappe Angabe desjenigen Rechtsverhältnisses genügen, aus dem sich der Anspruch ergeben soll, etwa eine klageweise geltend gemachte Geldforderung aus „Werkvertrag/Werklieferungsvertrag“.⁹⁹ Kein Erfordernis im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist die Darlegung von Tatsachen, die den Anspruch schlüssig machen sollen (Substantiierung). Allerdings „soll“ die Klageschrift bereits anspruchsbegründendes Vorbringen enthalten, vgl. § 253 Abs. 4 i. V. m. § 130 Nr. 3 ZPO, und mit Blick auf eine etwaige Säumnis des Gegners ist es auch zweckmäßig, den verfolgten Anspruch bereits in diesem Stadium des Verfahrens schlüssig darzulegen.

Ausreichend substantiiert, also mit Tatsachen gefüllt, ist eine Behauptung nach ständiger Rechtsprechung bereits dann, wenn eine Schlüssigkeitsprüfung möglich ist.¹⁰⁰ Es gibt kein Stufenverhältnis dergestalt, dass Substantiierung mehr als Schlüssigkeit verlangen würde.¹⁰¹ Auch unter dem Aspekt der Prozessbeschleunigung darf die Beweisaufnahme nicht davon abhängig werden, ob die Partei schlüssigkeitsfremde Modalitäten, etwa zu Zeit, Ort und näheren Umständen des Geschehens vorträgt, um dem Gegner eine sachliche Stellungnahme oder den Antritt von Gegenbeweisen zu ermöglichen.¹⁰²

Ob der Tatsachenvortrag weiter zergliedert werden muss, richtet sich nach den Einlassungen des Gegners.¹⁰³ Dass der Gegner einen alternativen Geschehensablauf schildert, zwingt für sich genommen den Darlegungbelasteten noch nicht zu einer Ergänzung seines Vortrags. Erst recht ist eine Ergänzung des Vortrags nicht erforderlich, wenn der Gegner „einfach“ bestreitet respektive sich mit Nichtwissen erklärt.¹⁰⁴ Eine Zergliederung der schlüssigen Behauptung ist nur geboten, wenn die ursprüngliche Tatsa-

98 Teil I, Kap. 1 B.

99 BGH, Urt. v. 6.12.2001 – VII ZR 183/00, II 2, NJW 2002, 520, 521.

100 Teil I, Kap. 1 C.

101 Teil I, Kap. 1 C III.

102 Teil I, Kap. 1 C II 1, D III.

103 Teil I, Kap. 1 C.

104 Teil I, Kap. 1 C II 2.

chenbehauptung in Folge der Einlassung des Gegners mehrdeutig und daher mit Blick auf den darzulegenden Rechtssatz unklar erscheint.

Schlüssige Behauptungen können auch vermutungsweise aufgestellt werden.¹⁰⁵ Für die Aufklärung lediglich abstrakt-möglicher Geschehensabläufe, die gleichsam aufs Geratewohl behauptet werden, besteht jedoch kein Rechtsschutzbedürfnis.¹⁰⁶ Der Darlegungsbelastete muss seine Vermutung auf konkrete Anhaltspunkte in Form von eigenen Wahrnehmungen oder ihm mitgeteilten Wahrnehmungen Dritter stützen.¹⁰⁷

Die Anhaltspunkte, auf welche die Partei ihre Vermutung stützt, sind im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung als wahr zu unterstellen.¹⁰⁸ Dies gilt auch für Behauptungen, zu denen die Partei vorgibt, sicheres Wissen zu haben. Ein Abkürzen des Verfahrens, weil die Behauptung sich nach dem Dafürhalten des Gerichts mutmaßlich nicht als wahr herausstellen wird, kommt als unzulässige¹⁰⁹ Vorwegnahme der Beweiswürdigung nicht in Betracht. Die Überzeugung von der Wahrheit nach § 286 ZPO setzt voraus, dass der Richter das ihm Mögliche zur Aufklärung des Sachverhalts getan hat und sich nicht im Wissen um die Fehleranfälligkeit seiner Prognose auf Mutmaßungen zur Erfolgswahrscheinlichkeit einer Beweisaufnahme beschränkt.¹¹⁰ Selbst wenn sich jedoch der Richter im Einzelfall zu trauen mag, ohne Ausschöpfung der ohnehin schon limitierten prozessualen Erkenntnismöglichkeiten ein Wahrheitsurteil zu treffen: Eine „Plausibilitätskontrolle“ führt in die Versuchung, unter dem Deckmantel der Wahrscheinlichkeitsüberlegung zur Arbeitsentlastung gleichsam kurzen Prozess zu machen¹¹¹ – ein Beweggrund, dessen unterbewusster Wirkmacht sich auch der verantwortungsvolle Richter ausgesetzt sieht. Im Wissen um diese Missbrauchsgefahr ist eine Abkürzung des Verfahrens nicht mit einer integren, auf die Überzeugung gestützten Entscheidung in Einklang zu bringen.¹¹²

Soweit der Gegner über Wissen zu dem behaupteten Geschehen verfügen müsste, hat er den schlüssigen Behauptungen der darlegungsbelasteten Partei positive Gegenangaben entgegenzusetzen (substantiiertes Bestrei-

105 Teil I, Kap. 2.

106 Teil I, Kap. 2 C.

107 Teil I, Kap. 2 D II.

108 Teil I, Kap. 2 D I–IV 1.

109 Teil I, Kap. 1 D III 2.

110 Teil I, Kap. 1 D III 2 c.

111 Teil I, Kap. 3 A, B.

112 Teil I, Kap. 3 C.

ten). Das dient der Erheblichkeitskontrolle;¹¹³ eine Erklärung etwa, der behauptete Unfallhergang werde bestritten, kann nicht auf ihre Erheblichkeit geprüft werden. Die Konzeption der ZPO ist darauf angelegt, dass nur über solche Behauptungen Beweis erhoben wird, die der Gegner nicht bereits für richtig hält.¹¹⁴ Ein „einfaches“ Bestreiten trotz eigener Kenntnis genügt nur in seltenen Fällen gegenüber Behauptungen, die sich gleichsam mit einem „Ja“ oder „Nein“ eindeutig beantworten lassen, so etwa die Erklärung, dass der Gegner vor dem Abbiegen den Blinker gesetzt habe, werde bestritten.¹¹⁵ Von diesen Ausnahmefällen abgesehen, darf die Partei Tatsachenbehauptungen des Gegners nicht „einfach“ bestreiten.¹¹⁶

Entsprechendes Wissen der Partei wird vorausgesetzt, wenn sich der Sachverhalt nach den Behauptungen des Gegners in ihrem Wahrnehmungsbereich zugetragen haben soll. Der Wahrnehmungsbereich ist der private Lebens-, sowie der Geschäfts- respektive Tätigkeitsbereich.¹¹⁷ Zum Wahrnehmungsbereich der Partei gehören auch die Wahrnehmungen all jener Personen, für welche sie nach materiell-rechtlichen Regeln haftet.¹¹⁸ Soll sich die Tatsache in diesem Wahrnehmungsbereich ereignet haben, trifft die Partei im Rahmen des Zumutbaren eine Nachforschungspflicht.¹¹⁹ Steht ausnahmsweise fest, dass die Partei die fraglichen Tatsachen vergessen hat, sind an ihre Nachforschungsbemühungen hohe Anforderungen zu stellen; handelt es sich hingegen, so wie regelmäßig, um Tatsachen, die sich lediglich nach den Behauptungen des Gegners angeblich im Wahrnehmungsbereich der Partei zugetragen haben sollen, können der Partei nur maßvolle Bemühungen abverlangt werden.¹²⁰ Daher kann von der erklärungsbelasteten Partei in der Regel nicht verlangt werden, auf die bloße Behauptung des Darlegungsbelasteten hin materiell-rechtliche Auskunftsansprüche gegenüber Dritten geltend zu machen.¹²¹ Bleiben die Nachforschungsbemühungen erfolglos, kann sich die Partei gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären; dies gilt selbst dann, wenn sie ihr Nichtwissen schuldhaft – etwa durch Unterlassen einer gebotenen Dokumentation – herbeigeführt hat, wobei dem Gegner in diesem Fall mit Be-

113 Teil II, Kap. 1 B IV.

114 Teil II, Kap. 1 B VI, VII.

115 Teil II, Kap. 1 B I.

116 Teil II, Kap. 1 B III.

117 Teil II, Kap. 2 B II.

118 Teil II, Kap. 2 C II 2 b.

119 Teil II, Kap. 2 B I.

120 Teil II, Kap. 2 D II 1.

121 Teil II, Kap. 2 D II 2.

weiserleichterungen zu helfen sein kann.¹²² Umfang und Ergebnis der Nachforschungsbemühungen müssen dem Gericht geschildert werden; ein Beweis der Voraussetzungen des Nichtwissens darf richtigerweise nicht verlangt werden.¹²³

Das Vorstehende gilt uneingeschränkt auch für das Bestreiten negativer Tatsachen: Verfügt der Gegner über entsprechendes Wissen, hat er sich – so, wie auch sonst – mit positiven Gegenangaben zu erklären.¹²⁴ Dem Aberglauben, negative Tatsachen seien nur durch die Widerlegung von konkreten Gegenangaben zu beweisen, sollte man nicht das Wort reden. Jene Erklärung ist zum einen überflüssig, denn der Gegner muss bereits nach den allgemeinen Regeln substantiiert bestreiten; im Übrigen beruht sie auf einer falschen Prämisse und würde bedeuten, dass der Negativbeweis unmöglich wäre, wenn der Gegner sich mit Nichtwissen erklären kann. Kommt der Beweisbelastete im Einzelfall aber dennoch in Schwierigkeiten, so sind diese unterschiedslos zum teils schwierigen Beweis eines Positivums und daher auch nicht anders zu behandeln. Insbesondere kommt es bei Beweisschwierigkeiten nicht in Frage, dem Gegner, sofern dieser sich eigentlich mit Nichtwissen erklären könnte, diese Erklärung zu versagen und ihm stattdessen eine eigene Darlegungslast zuzuschieben.¹²⁵

Schlüssige Behauptungen hat der Gegner, soweit er über entsprechendes Wissen verfügt, stets substantiiert zu bestreiten. Das Gesetz differenziert nicht danach, ob die schlüssige Behauptung auf Vermutungen oder dem sicheren Wissen der Partei beruht.¹²⁶ Es ist daher unnötig, dass substantiierte Bestreiten als „sekundäre Darlegungslast“ zu bezeichnen, wenn die darlegungsbelastete Partei zuvor schlüssige Behauptungen in Form von Vermutungen aufstellt.¹²⁷ Unzulässig ist es, die „sekundäre Darlegungslast“ als eine Art Zauberwort zu gebrauchen, das die materiell-rechtliche Begründung der Entscheidung ersetzen soll.¹²⁸

Vortrag und Gegenvortrag in geordneter Weise in den Prozess einzuführen erleichtert die Rechtsfindung und beschleunigt das Verfahren. Soweit sich dies mit den Zielen des Mandanten deckt, kann der Anwalt ihm gegenüber auch zu einem entsprechenden Vortrag verpflichtet sein. Eine Be-

122 Teil II, Kap. 2 D I 3.

123 Teil II, Kap. 2 A II. – A. A. BGH, Beschl. v. 30.1.2019 – VI ZR 428/17, II 2a, BeckRS 2019, 3267.

124 Teil II, Kap. 3 A–C.

125 Teil II, Kap. 3 D.

126 Teil II, Kap. 4 A II, III, B II.

127 Teil II, Kap. 4 B III.

128 Teil II, Kap. 4 B IV.

schneidung des rechtlichen Gehörs durch Ausschluss von schriftsätzlichem Vorbringen, das seiner Form nach nicht den Vorstellungen des jeweiligen Richters entspricht, ist abzulehnen. Auch in Hinblick auf die richterliche Sucharbeit bei der Zuordnung von Anlagen ist die Zumutbarkeit – entgegen der bestehenden Praxis – als eingrenzendes Kriterium abzulehnen, weil der Richter hier gleichfalls zum „Zensor in eigener Sache“¹²⁹ erhoben würde.¹³⁰ Der Anwalt muss sich jedoch bei einem umfangreichen und ungeordneten, wenn auch erlaubten Vortrag zweierlei bewusst sein: Zum einen stellt sich die Frage, ob dem Mandanten geholfen ist, wenn ein Verfahrensverstoß seitens des Gerichts provoziert wird, der dann mittels eines Rechtsbehelfs angegriffen werden muss. Und zweitens muss das Risiko in Betracht gezogen werden, mit diesem Rechtsbehelf nicht erfolgreich zu sein – etwa, weil versäumt wurde, den sich anbahnenden Verfahrensverstoß abzuwenden, oder, weil die Nachinstanz sich nicht davon überzeugen kann, dass die übersehene Stelle in einem verstreuten Anlagenkonvolut aus Sicht der Vorinstanz entscheidungserheblich gewesen sein könnte.¹³¹

Die ständige „Bitte um Hinweise“ hinsichtlich einer Ergänzungsbedürftigkeit des Vortrags ist nicht hilfreich, und unter Umständen sogar schädlich: Denn damit gibt die rechtsanwaltlich vertretene Partei zu verstehen, dass sie sich etwaiger Substantiierungsmängel bewusst ist, und gewissermaßen hilfsweise anbietet, weiter vorzutragen. Ein Hinweis seitens des Gerichts kann dann entbehrlich sein, wie überhaupt bei einer rechtskundig vertretenen Partei eine Hinweispflicht nur anzunehmen ist, wenn sie sich erkennbar im Irrtum befindet.¹³² Bei der Annahme eines Irrtums ist Zurückhaltung geboten. Es ist widersprüchlich, einerseits von einem Anwalt zu erwarten, sich einem anbahnenden Verfahrensverstoß entgegenzustellen¹³³ und auf verfehlte Rechtsansichten des Gerichts hinzuweisen,¹³⁴ ihm dann aber im Rahmen des § 139 Abs. 1 ZPO zu unterstellen, nicht über das notwendige Handwerkszeug für eine schlüssige Klage oder eine erhebliche Verteidigung zu verfügen.

Die rechtspolitischen Erwägungen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Ergänzende Sanktionsvorschriften zur Flankierung der richterlichen Strukturierungsvorschläge sind als Verkürzung des rechtlichen Gehörs be-

129 *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

130 Teil III A.

131 Teil III D.

132 Teil III C.

133 Teil III C.

134 Teil III A.

denklich und wegen der latenten Missbrauchsgefahr abzulehnen.¹³⁵ Ebenso ist eine Aufwertung des Parteivortrags in Form eines Privatgutachtens zu einem Beweismittel abzulehnen; als bezahltem Gehilfen käme dem Privatgutachter kaum mehr an Beweiswert zu als eine Vernehmung der Partei selbst.¹³⁶ Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit sollte die Beschwer summed für die Nichtzulassungsbeschwerde aufgegeben werden.¹³⁷

135 Teil III A.

136 Teil III B.

137 Teil III D.

Schlussbemerkungen

„Es läßt sich nicht darüber hinwegsehen“, meint *Schlosser*, „daß unser Zivilprozeßrecht im Bereich der Sachverhaltsermittlung von einem undurchdringlichen Wildwuchs verschiedenartiger Pflanzen geprägt ist, die sich ständig neu kreuzen und quer durchdringen.“¹³⁸ Eine gewisse Berechtigung ist diesem organischen Verständnis mit Blick auf den Gegenstand der Arbeit nicht abzuspochen. Dennoch scheint es, dass die Beschreibung, soweit ihr der Eindruck des Deterministischen anhaftet, treffender den Prozess der Rechtserkenntnis, statt das Recht als solches kennzeichnet. Stimmgiger ist daher die Bemerkung *Stürners*, die Rechtsprechung habe sich die unübersichtliche Gestaltung der ZPO zu Nutze gemacht, „um an allen Fronten vorwärtzumarschieren“,¹³⁹ allerdings ohne, dass dabei eine klare Linie erkennbar würde.¹⁴⁰ Wenn zuweilen die Wahrnehmung besteht, die Überlegungen hätten sich zu einem undurchsichtigen „Knäuel“ verdichtet,¹⁴¹ wird man auch der Literatur einen Anteil hieran zuschreiben müssen.

Gleichwohl meint der Verfasser dieser Zeilen feststellen zu können, dass im Rückblick und mit zeitlich zunehmenden Abstand Hauptweg und Nebenwege klarer erkennbar werden. Ein Trugschluss wäre es indessen, sich gleichsam am Ende einer langen Reise zu wähnen – denn das Ziel der Rechtserkenntnis richtet sich nach den Bedürfnissen der Praxis, die in diesem Bereich des Verfahrensrechts den Bestand der Erkenntnisse stetig neu in Frage stellt. Der Verfasser schließt in der Hoffnung, dass seine Ansichten dort, wo sie keine Zustimmung finden, als Gegenstand der Auseinandersetzung sich der Suche nach Antworten dienlich erweisen können.

138 Vgl. *Schlosser*, JZ 1991, 599, 605 (Anm. zu BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89).

139 Vgl. *Stürner*, ZZP 98 (1985), 237, 240.

140 Vgl. *Stürner*, ZZP 104 (1991), 203, 210 (Anm. zu BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89).

141 *J. Lang*, Aufklärungspflicht, 1999, S. 95.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Brundhilde*: Die sekundäre Darlegungslast im Zivilprozess – Plädoyer für eine Rückbesinnung, in: Festschrift für Volkert Vorwerk, Hrsg. Dies./Reinhard Gaier/Christian Wolf, 2019, S. 1–11.
- Adloff, Daniel*: Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, 2007.
- Abrens, Hans-Jürgen*: Der Beweis im Zivilprozess, 2015.
- Ders.*: Reform des Sachverständigenbeweises, ZRP 2015, 105–109.
- Alternativ Kommentar*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Hrsg. Rudolf Wassermann, Neuwied-Darmstadt, 1987.
- Ambis, Stephane*: Bestreiten mit Nichtwissen – die Auslegungsregel des § 138 Abs. 4 ZPO, 1997.
- Anhalt, Peter*: Allgemeine Verfahrensgrundsätze und Ausforschungsbeweis, Diss. Tübingen 1966.
- Arens, Peter*: Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZZP 96 (1983), 1–24.
- Arz, Matthias/Gemmer, Henrik*: Substanziierung im Zivilprozess, JuS 2020, 935–939.
- Balzer, Christian; Walther, Bianca*: Das Urteil im Zivilprozess, 3. Aufl. 2018.
- Dies.*: Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess, 4. Aufl. 2018.
- Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang; Albers, Jan; Hartmann, Peter*: Zivilprozessordnung, 39. Aufl. 1981; 40. Aufl. 1982; 42. Aufl. 1984; 49. Aufl. 1991; 60. Aufl. 2002; 77. Aufl. 2019, München (zitiert als B/L/A/Hartmann).
- Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang; Hartmann, Peter; Anders, Monika; Gehle, Burkhard*: Zivilprozessordnung, 78. Aufl. 2020, München (zitiert als B/L/H/Bearbeiter).
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns*: Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 4. Aufl. 2018.
- Beckhaus, Gerrit M.*: Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 2010.
- Beck'scher Online-Kommentar Zivilprozessordnung*, Hrsg. Volkert Vorwerk/Christian Wolf, 35. Ed. Stand: 1.1.2020, München.
- Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, Hrsg. Bundesministerium für Justiz, 1977.
- Betzga, Klaus*: Anmerkung zu OLG Naumburg, Urt. v. 8.1.2013 – 1 U 57/12, IBR 2013, 586.
- Bischoff, Jan Asmus*: Tatsachenvortrag im Zivilprozessrecht, JA 2010, 532–534.
- Blomeyer, Arwed*: Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Aufl. 1985.
- Ders.*: Die Umkehr der Beweislast, AcP 158 (1959), 97–106.

- Blunck, Detlev*: Das einfache Bestreiten unter dem Gesichtspunkt der Erklärungslast (§ 138 Abs. 2 ZPO), MDR 1969, 99–101.
- Braun, Johann*: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014.
- Brehm, Wolfgang*: Bindung des Richters an den Parteivortrag und die Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982.
- Ders.*: Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Hrsg. Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt, Bd. 3, Zivilprozeß, Insolvenz, Öffentliches Recht, Hrsg. Karsten Schmidt, 2000, S. 89–108.
- Brose, Johannes*: Substantiierungslast im Zivilprozess, MDR 2008, 1315–1319.
- Brögelmann, Jens*: Rechtfertigung des Substanziierungsgrundsatzes, JR 2005, 309–314.
- Brückner, Bettina; Gubling, Hartmut, Menges, Eva*: Für den besseren Zivilprozess, DRiZ 2019, 92–93.
- Bruns, Rudolf*: Zivilprozeßrecht (Grundrisse der Rechtswissenschaft), 1949.
- Ders.*: Zivilprozeßrecht, eine systematische Darstellung, 1. Aufl. 1968.
- Bundschuh, Karl Dietrich*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4.2.1985 – II ZR 142/84, EWiR 1985, 913–914.
- Chudoba, Gerd*: Der ausforschende Beweis Antrag, 1993.
- Dernburg, Heinrich*: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. 1, 1875.
- Dölling, Birger*: Die Voraussetzungen der Beweiserhebung im Zivilprozessrecht, NJW 2013, 3121–3127.
- Dötsch, Wolfgang*: Die Erklärung mit Nichtwissen als „Substantiierungsfalle“, MDR 2014, 1363–1368.
- Dunz, Walter*: Der unzulässige Ausforschungsbeweis, NJW 1956, 769–773.
- Elzer, Oliver*: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 5.6.2018 – XI ZR 388/16, FD-ZVR 2018, 408261.
- Engisch, Karl*: Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1. Aufl. 1943.
- Eschelbach, Ralf; Geipel, Andreas*: Substanziierungslast des Klägers im Zivilprozess, ZAP Fach 13 Nr. 22 (2010), 1669–1680.
- Dies.*: Substanziierungslast des Beklagten im Zivilprozess, ZAP Fach 13 Nr. 24 (2010), 1681–1688.
- Esser, Guido*: Der Ausforschungsbeweis, Diss. Bonn 1969.
- Fischer, Frank O.*: Ausnahmen von der richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht nach den §§ 139 I, 278 III ZPO, DRiZ 1995, 264–266.
- Ders.*: Aktuelles Zivilprozessrecht, JuS 2015, 223–225.
- Fischer, Otto*: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts, 1918.
- Foerste, Ulrich*: Anmerkung zu Morhard, Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen, 1993, ZZP 108 (1995), 283–286.
- Förster, Adolf*: Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1, 2. Aufl. 1908.
- Frohn, Peter*: Substantiierungspflicht der Parteien und richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO, JuS 1996, 243–250.

- Gaier, Reinhard*: Der moderne liberale Zivilprozess, NJW 2013, 2871–2876.
- Ders.*: Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, ZRP 2015, 101–104.
- Ders.*: Erweiterte Prozessleitung im zivilgerichtlichen Verfahren, NJW 2020, 177–182.
- Gaul, Hans Friedhelm*: Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), 27–62.
- Gaupp, Ludwig*: Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1. Aufl. 1879.
- Geipel, Andreas*: Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl. 2017.
- Ders.; Prechtel, Günter*: Brennpunkte des Zivilprozesses und Reaktionsmöglichkeiten auf gerichtliche Fehler, MDR 2011, 336–342.
- Geisler, Herbert*: Der Zivilprozess lebt noch immer – BGH-Rechtsprechung für die Praxis, AnwBl. 2017, 1046–1071.
- Glücklich, Heinz-Werner*: Parteivernehmung nach deutschem Zivilprozeßrecht, 1938.
- Goldschmidt, James*: Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1932.
- Götting, Horst-Peter; Lauber-Rönsberg, Anne*: Der Schutz nachgelassener Werke, GRUR 2006, 638–647.
- Gottwald, Peter*: Anmerkung zu Brehm, Bindung des Richters an den Parteivortrag und die Grenzen freier Verhandlungswürdigung, AcP 183 (1983), 201–209.
- Greger, Reinhard*: Richterliche Hinweispflicht im Anwaltsprozeß, NJW 1987, 1182–1183 (Anmerkung zu OLG Schleswig, Urt. v. 27.6.1986 – 14 U 171/85).
- Gremmer, Bernhard*: Der unsubstanzierte Vortrag – ein Phantomproblem?, MDR 2007, 1172–1175.
- Ders.*: Wechselhafter und widersprüchlicher Vortrag einer Partei, MDR 2010, 245–247.
- Greyerz, Christoph von*: Der Beweis negativer Tatsachen, 1963.
- Guldener, Max*: Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozeßrecht, 1955.
- Hackenberg, Wolfgang*: Die Erklärung mit Nichtwissen (§ 138 IV ZPO), 1996.
- Hahn, Carl; Stegemann, Eduard*: Die Gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2: Materialien zur CPO, 2. Aufl. 1881
- Hanack, Ernst-Walter*: Anmerkung zu von Greyerz, Der Beweis negativer Tatsachen, 1963, AcP 164 (1964), 277–283
- Hansen, Udo*: Die Substantiierungslast, JuS 1991, 588–590.
- Hendel, Dieter*: Ressourcenknappheit, richterliches Entscheidungsverhalten und Probleme der Legitimation, Recht und Politik 1977, 155–163.
- Hensen, Horst-Diether*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.6.1996 – VIII ZR 189/95, EWiR 1996, 1057–1058.
- Hippel, Fritz von*: Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht im Zivilprozeß, 1939.
- Hök, Götz-Sebastian*: Obliegenheitsverletzung durch fehlende Substantiierung: zum Parteivorbringen bei Informationsgefälle, MDR 1995, 773–779.

- Jauernig, Othmar; Hess, Burkhard*: Zivilprozessrecht, 30. Aufl. 2011.
- Jonas, Martin*: Gedanken zur Prozeßreform, DR 1941, 1697–1704.
- Klein, Franz*: Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, 2. Aufl. 1958.
- Knichel, Franz-Josef*: Der Ausforschungsbeweis im deutschen Zivilprozess, Diss. Bonn 1959.
- Köhler, Sebastian*: Die Haftung des privaten Internetanschlusshabers zwischen Haftungsprivilegien und effektiver Rechtsverfolgung (Anmerkung zu BGH, Urt. v. 30.3.2017 – I ZR 19/16 – Loud), ZUM 2018, 27–33.
- Krupp, Nicole*: Anmerkung zu OLG Celle, Urt. v. 26.1.2017 – 11 U 96/16, EWiR 2017, 431–432.
- Lang, Johannes*: Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung, 1999.
- Lange, Hans Dieter*: Zum Umfang der Substantiierungspflicht im Zivilprozeß, DRiZ 1985, 247–252.
- Ders.*: Bezugnahme im Schriftsatz, NJW 1989, 438–444.
- Ders.*: Bestreiten mit Nichtwissen, NJW 1990, 3233–3240.
- Laumen, Hans-Willi*: Der Grundsatz „nemo tenetur edere contra se“ in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Festschrift für Hanns Prütting, Hrsg. Moritz Brinkmann/Daniel Oliver Effer-Uhle/Barbara Völmann-Stickelbrock, 2018, S. 391–400.
- Lent, Friedrich*: Wahrheit- und Aufklärungspflicht im Zivilprozeßrecht, 1942.
- Leonhard, Franz*: Die Beweislast, 2. Aufl. 1926.
- Lüderitz, Alexander*: Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei der Verfolgung privater Rechte, 1966.
- Meyke, Rolf*: Plausibilitätskontrolle und Beweis, NJW 2000, 2230–2235.
- Michel, Helmut*: Der Schriftsatz des Anwalts im Zivilprozeß, JuS 1983, 36–41.
- Morhard, Peter*: Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen, 1993.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Hrsg. Franz Jürgen Sacker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, Bd. 2 §§ 241–310, 8. Aufl. 2019, Bd. 6 §§ 705–853, Bd. 10 §§ 1589–1921, 8. Aufl. 2020, München.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Hrsg. Gerhard Lücke/Alfred Walchshöfer, Bd. 1 §§ 1–345, 1. Aufl. 1992, München.
- , Hrsg. Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger, Bd. 1 §§ 1–345, 5. Aufl. 2016, München.
- Musielak, Hans-Joachim*: Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozessrecht, 1975.
- Ders.; Voit, Wolfgang*: Zivilprozessordnung, 16. Aufl. 2019, München.
- Dies.*: Grundkurs ZPO: Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren, 14. Aufl. 2018.
- Nachschlagewerk des Reichsgerichts, Hrsg. Werner Schubert/Hans Peter Glöckner, Bd. 8, Zivilprozessordnung §§ 1–270, 2014 (zitiert als NSW ZPO).
- Neuner, Jörg*: Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005.

- Nicoli, Mario*: Die Erklärung mit Nichtwissen, JuS 2000, 584–590.
- Nissen, Moritz*: Das Recht auf Beweis im Zivilprozess, 2019.
- Olzen, Dirk*: Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß, ZZZ 98 (1985), 403–426.
- Osterloh-Konrad, Christine*: Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch: zivilrechtliche Auskunft- und Rechenschaftsansprüche und ihre Funktion im Zivilprozess, 2007.
- Papanikolaou, Dimitrios*: Die sekundäre Erklärungspflicht im Zivilprozess, 2018.
- Paulus, Christoph G.*: Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2017.
- Peters, Egbert*: Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, 1966.
- Ders.*: Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht der Parteien?, in: Festschrift für Karl Heinz Schwab, Hrsg. Peter Gottwald/Hanns Prütting, 1990, S. 399–408.
- Peters* [Landgerichtsrat]: Das richterliche Fragerecht, JW 1938, 1432–1434.
- Piekenbrock, Andreas*: Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht, NJW 1999, 1360–1365.
- Pohle, Rudolf*: Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in: Festschrift für Friedrich Lent, Hrsg. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab, 1957, S. 195–235.
- Prütting, Hanns*: Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983.
- Ders.*: Die sekundäre Darlegungslast und die nicht existierende sekundäre Beweislast, in: Festschrift für Wolfgang Krüger, Hrsg. Christian Hertel/Stephan Lorenz/Christina Stresemann, 2017, S. 433–437.
- Ders.; Gehrlein, Markus*: Zivilprozessordnung Kommentar, 11. Aufl. 2019, Köln.
- Rensen, Hartmut*: Die richterliche Hinweispflicht, 2002.
- Ders.*: Richterliche Hinweispflicht, MDR 2002, 1175–1178.
- Ders.*: § 139 ZPO n. F. – Stärkung der ersten Instanz oder alles beim Alten?, AnwBl. 2002, 633–640.
- Rath, Christian*: Die Zulässigkeithürde beim BVerfG nehmen: Tipps eines Richters, AnwBl. 2018, 394–395.
- Riemer, Dieter*: Die Unsubstantiiertheit, Justitia Schwert?, DRiZ 1997, 259–260.
- Römermann, Volker*: Achtung, Anwaltschaftung!, NJW 2009, 2924–2927.
- Rosenberg, Leo*: Die Beweislast, 5. Aufl. 1965.
- Ders.; Schwab, Karl Heinz; Gottwald, Peter*: Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018 (zitiert als R/S/Gottwald).
- Ders.*: Das neue Zivilprozeßrecht nach dem Gesetz vom 27. Oktober 1933 (RGBl. I 780), ZZZ 58 (1934), 283–361.
- Roth, Herbert*: Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsanspruches im Zivilprozess?, ZfPW 2020, 402–418.
- Rüberg, Michael*: Mo(n)tezumas späte Rache – Der Schutz nachgelassener Werke im deutschen Urheberrecht, ZUM 2016, 122–129.
- Saenger, Ingo*: Zivilprozessordnung, 8. Aufl. 2019, Baden-Baden.

- Sauer, Wilhelm*, Allgemeine Prozessrechtslehre – Zugleich eine Schulung der zivilistischen und kriminalistischen Praxis, 1951.
- Scheuerle, Wilhelm*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, JZ, 1963, 32–34.
- Schlosser, Peter*: Anmerkung zu Brehm, Bindung des Richters an den Parteivortrag und die Grenzen freier Verhandlungswürdigung, JZ 1982, 655–656.
- Ders.*: Zivilprozeßrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1991.
- Ders.*: Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 11.6.1990, JZ 1991, 599–608.
- Schmidt, Richard*: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 1910.
- Schneider, Egon*: Die Substantiierungslast beim Bestreiten, MDR 1962, 361–363.
- Ders.*: Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.10.1968 – 15 U 94/68, MDR 1969, 579–580.
- Ders.*: Die Ausschaltung des § 139 ZPO, NJW 1986, 971–972.
- Ders.*: Anmerkung zu OLG Zweibrücken, Beschl. v. 15.10.1998 – 3 W 225/98, MDR 1999, 113–115.
- Ders.*: Die Klage, 3. Aufl. 2007.
- Schönke, Adolf*: Zivilprozessrecht: eine systematische Darstellung, 1. Auflage 1938.
- Ders.*: Das Rechtsschutzbedürfnis, 1950.
- Ders.; Kuchinke, Kurt*: Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 1969.
- Schultz, Volker*: Substanziierungsanforderungen an den Parteivortrag in der BGH-Rechtsprechung, NJW 2017, 16–21.
- Schwab, Martin*: Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2016.
- Schwartz, Johann Christoph*: Vierhundert Jahre deutscher Civilproceß-Gesetzgebung, 1898.
- Seidl, Christoph*: Die Behandlung juristisch eingekleideter Tatsachenbehauptungen im Zivilprozess, 2019.
- Sello, Hans*: Wahrheitspflicht und Anwaltschaft, JW 1934, 536–537.
- Seuffert, Lothar von*: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1, 11. Aufl. 1910.
- Seutemann, Herbert*: Die Anforderungen an den Sachvortrag der Parteien, MDR 1997, 615–619.
- Ders.*: Fußfesseln für die Schlüssigkeitsprüfung, DRiZ 1998, 79–83.
- Skamel, Frank*: Zulässige Bezugnahme auf Darstellung in einseitiger Anlage (Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 2.10.2018 – VI ZR 213/17), NJW 2019, 1082–1084.
- Söllner, Rainer*: Der Beweis Antrag im Zivilprozessrecht, Diss. Erlangen-Nürnberg 1972.
- Stein, Friedrich; Jonas, Martin*: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 15. Aufl. 1934; 18. Aufl. 1953; Bd. 1, 19. Aufl. 1972; Bd. 1, §§ 1–252, 20. Aufl. 1983; Bd. 2, §§ 78–147, 23. Aufl. 2016; Bd. 3, §§ 148–270, 23. Aufl. 2016; Bd. 4, §§ 271–327, 23. Aufl. 2018, Tübingen.
- Struckmann, Johannes; Koch, Richard*: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 9. Aufl. 1910.

- Stürmer, Rolf*: Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976.
- Ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, JZ 1985, 183–186.
- Ders.*: Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß, ZZP 98 (1985), 237–256.
- Ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89, ZZP 104 (1991), 208–217.
- Toussaint, Guido*: Wertgrenzen im Revisionsrecht, in: Festschrift für Wolfgang Krüger, Hrsg. Christian Hertel/Stephan Lorenz/Christina Stresemann, 2017, S. 507–516, München.
- Ulrich, Jürgen*: Gerichtsgutachten versus Privatgutachten: Was gilt?, DS 2017, 315–317.
- Ungern-Sternberg, Joachim von*: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2017, GRUR 2018, 225–241.
- Ders.*: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2018, GRUR 2019, 1–11.
- Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1; II/2, Hrsg. Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, 2015.
- Vorwerk, Volkert*: Strukturiertes Verfahren im Zivilprozess, NJW 2017, 2326–2330.
- Wagner, Klaus-Rudolf*: Zur neueren Rechtsprechung des BVerfG und BGH betreffend Art. 103 Abs. 1 GG bis Ende 2017, BauR 2018, 23–27.
- Wassermann, Rudolf*: Der soziale Zivilprozeß, 1978.
- Weismann, Jakob*: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, Bd. 1, 1903.
- Wetzell, Georg*: System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl. 1878.
- Wieczorek, Bernhard*: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Bd. 1 §§ 1–252, Bd. 2 §§ 253–510c, 2. Aufl. 1976 Berlin/New York.
- Ders.; Schütze, Rolf A.*: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 2.1 §§ 128–252, 3. Aufl. 2007, Berlin; Bd. 3 §§ 128–252, 4. Aufl. 2013; Bd. 4 §§ 253–299a, 4. Aufl. 2013, Berlin/Boston.
- Windau, Benedikt*: Effizienz und Vertrauen – Wie kann man den Bundesgerichtshof entlasten?, F.A.Z. Einspruch 21.03.2018.
- Wörner, Steffen*: Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung, 2019.
- Zeiss, Walter; Schreiber, Klaus*: Zivilprozessrecht, 12. Aufl. 2014.
- Zöller, Richard*: Zivilprozessordnung, 10. Aufl. 1968, München; 33. Aufl. 2020, Köln.

